

18.
38.
5.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA

PERSONNALITÉ DES CITÉS

DROIT FRANÇAIS

DES

ACTIONS EXERCÉES

PAR OU CONTRE LES COMMUNES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Frédéric FONTANEAU

AVOCAT

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, Successeur

13, Rue Soufflot, 13

1888

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA

PERSONNALITÉ DES CITÉS

DROIT FRANÇAIS

DES

ACTIONS EXERCÉES

PAR OU CONTRE LES COMMUNES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 18 avril 1888 à 3 heures et demie

PAR

Frédéric FONTANEAU

AVOCAT

Président :	M. DUCROCQ,	{ Professeurs.
Suffragants :	MM. GÉRARDIN,	
	Henry MICHEL,	
	ESMEIN,	

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, Successeur

13, Rue Soufflot, 13

1888

DROIT ROMAIN

DE LA PERSONNALITÉ DES CITÉS

INTRODUCTION

Les textes des jurisconsultes insérés dans les recueils législatifs de l'époque de Justinien nous montrent les cités qui composaient le double empire Romain mises au nombre des *universitates* c'est-à-dire personnes morales, sujets actifs et passifs de droits.

Ce caractère a fini par dominer celui de corps politique qu'elles avaient au début ; dans la dernière période de l'histoire des cités les fonctions de leurs administrateurs se réduisent à la gestion de leur patrimoine sous le contrôle de plus en plus lourd de l'administration centrale.

Gaius dans un texte relatif aux collèges, (L. 1, *quod cujusc. univ.*) résume en termes précis et complets la véritable notion de la personnalité morale.

« *Quibus autem permissum est corpus habere collegii...*
« *proprium est ad exemplum reipublicæ habere res com-*
« *munes, arcam communem, et actorem sive syndicum*
« *per quem tanquam in republica, quod communiter agi*
« *fierique oporteat, agatur, fiat. »*

Nous étudierons dans leur application progressive aux cités ces caractères généraux distinctifs de la personne morale telle que nous la concevons dans notre droit actuel, c'est-à-dire l'existence d'un patrimoine (*res communes, arcam communem*) ou la représentation dans les actes de la vie civile (*actorem sive syndicum per quem quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat*). Nous examinerons dans l'histoire Romaine la naissance et le développement de cette théorie devenue si importante dans notre droit moderne à la suite du réveil de l'esprit d'association. Avec leur sagacité ordinaire, les jurisconsultes Romains ont établi les véritables principes qui forment encore les assises des théories juridiques modernes construites sur des rapports de faits plus complexes.

Il est nécessaire avant d'aborder les conséquences de la personnalité des cités, d'indiquer l'origine de cette idée, de préciser à quelle nécessité sociale elle correspond.

Offre-t-elle, ainsi qu'on l'a souvent soutenu, un caractère purement artificiel, œuvre factice du législateur, n'existant qu'avec son assentiment exprès ou tacite. Nous croyons, avec M. de Savigny, que c'est là se faire une idée fausse de son véritable caractère. Il y a lieu de distinguer avec ce savant jurisconsulte deux sortes de personnes morales : les unes ont une existence nécessaire ; les autres ne sont qu'une création contingente du législateur.

Il est facile de montrer que l'État romain et les cités par voie de conséquence doivent être envisagés comme faisant partie de la première catégorie, que c'est là une conséquence dérivant de leur nature même et du caractère primitif des premiers groupements sociaux.

Pour se rendre compte du mode de formation de l'État il faut remonter jusqu'au groupe primitif, la famille. Un passage de M. Summer Maine (*L'Ancien Droit*, p. 177) explique comment dans les législations primitives des traces subsistent d'un état antérieur où les droits appartenaient à la famille, personne morale, et non aux individus :

« Il faut suivre, dit-il, l'histoire du droit dans
« toute son étendue, si nous voulons comprendre
« comment peu à peu et bien tard la société s'est
« divisée en unités comme celles qui la composent
« aujourd'hui, par quels degrés insensibles les rap-
« ports d'homme à homme ont remplacé les rapports
« de l'individu avec la famille et des familles entre
« elles. Il semble que la prolongation de l'existence
« légale d'un homme par son héritier ou par un
« groupe de cohéritiers n'est ni plus ni moins que
« le caractère d'une famille transmis par une fiction
« à l'individu. » (*L'Ancien Droit*, p. 177).

Dans ce premier état social, le *pater familias* ne fait donc qu'exercer les droits de la famille ; c'est la famille envisagée comme personnalité distincte qui est le véritable sujet des rapports de droits.

Si l'on adopte la théorie si bien présentée par M. Fustel de Coulanges dans son beau livre de la Cité antique, à la famille patriarcale a succédé la « gens », du moins chez les peuplades italiques. Ce serait la première transformation de la famille en corps politique, en quelque sorte l'État rudimentaire. Sans entrer dans l'énoncé des systèmes opposés qui se sont fait jour sur le véritable caractère de la gens, il est certain qu'il s'agit ici d'une institution fort ancienne, préexistante à la formation de la cité. Les preuves sont nombreuses qui, dans ce premier groupement social, nous montrent un caractère analogue à celui que nous avons constaté dans la famille, le caractère d'une véritable personnalité morale. Qu'est-ce autre chose, en effet, que ce droit de succession reconnu encore aux gentiles à l'époque de Cicéron, sinon les preuves certaines d'une copropriété dont les traces subsistaient encore ? Nous remarquerons d'ailleurs que l'expression de copropriété ne convient pas parfaitement à la situation que nous avons en vue. Il n'y avait pas, dans l'espèce, de véritable copropriété, mais un propriétaire unique qui était la gens, survivant à la disparition de ses membres.

De même que dans la famille, les héritiers directs (*heredes sui*) étaient considérés comme se succédant en réalité à eux-mêmes, de même la gens ne faisait que conserver des biens dont l'usage seul appartenait aux gentiles.

M. Fustel de Coulanges nous montre toutes ces

familles ayant conservé leur organisation primitive et leur unité, vivant ainsi isolées durant un long espace de temps.

« C'est d'un nombre indéfini de sociétés de cette
« nature que la race aryenne paraît avoir été com-
« posée pendant une longue suite de siècles. Ces
« milliers de petits groupes vivaient isolés, ayant peu
« de rapports entre eux, n'ayant nul besoin les uns
« des autres, n'étant unis par aucun lien religieux
« ni politique, ayant *chacun son domaine*, chacun son
« gouvernement intérieur, chacun ses dieux » (1).

Nous n'avons pas à examiner quelles causes, variables suivant les temps et les lieux, amenèrent la réunion de plusieurs *gentes* en une première société politique. Sous les noms de curies et de tribus, les nouveaux groupes formés conservèrent ce même caractère de personnalité qui devait être aussi le trait distinctif de l'état naissant.

La cité est en effet dans les législations primitives et en particulier à Rome à la fois personne de droit des gens et personne morale. La personnalité de droit des gens n'est que la conséquence des relations avec les peuples voisins ; elle suppose pour les pouvoirs publics de la cité le droit de contracter avec ceux-ci des relations internationales. La personnalité morale résulte des besoins communs des membres de la cité ; elle est le moyen destiné à y satisfaire ; sa réalité se traduit par l'existence, dès

(1) Fustel, *La cité antique*, p. 130.

la plus haute antiquité, d'un trésor public, *erarium*, mis à la disposition du roi.

En effet, si peu complexes qu'aient été au début de l'histoire Romaine les institutions administratives, il y eut dès la première heure de véritables services publics, entre autres les frais du culte et l'entretien du roi. (1).

Cette idée confuse encore sous la royauté, se précise à l'époque de la République où nous voyons le trésor public aux mains de deux consuls électifs, responsables devant le Sénat.

La conquête qui vint augmenter la puissance Romaine n'altéra pas de longtemps le caractère primitif de l'État. Pour faire comprendre ce résultat, nous devons indiquer sommairement comment Rome s'est agrandie, quelle était vis-à-vis d'elle la condition juridique des cités conquises, devenues plus tard des personnes morales.

Il est d'abord une première période très courte d'ailleurs, pendant laquelle Rome absorbe les peuplades qui l'entourent, détruit leurs cités, emporte leurs dieux, et fait de la population vaincue de nouveaux citoyens romains. C'est ce qu'avait fait le roi Ancus Martius pour deux peuplades latines qu'il avait vaincues ; c'est le traitement qui fut plus tard infligé à la ville d'Albe.

L'application de ce système de conquête donna aux

(1) Humbert, Essai sur les finances et la comptabilité publique en droit Romain, p. 13.

institutions romaines ce caractère municipal qu'elles ont conservé longtemps. Rome n'était alors qu'une immense commune ; elle sut plus tard adapter à un régime nouveau, conséquence du succès de ses armes, ses institutions municipales primitives.

La cité n'était pas aux yeux des anciens un ensemble d'habitants agglomérés sur un point du territoire, mais une association à la fois politique et religieuse de citoyens qui pouvaient d'ailleurs être disséminés sur une vaste étendue de pays. La ville, *urbs*, n'était en quelque sorte que le siège matériel de cette association : c'est là que se trouvaient ses dieux, son gouvernement, que les citoyens venaient à certains jours exercer leurs droits politiques, prendre une part active dans la direction des affaires publiques.

On conçoit que cette organisation était en parfaite harmonie avec le mode de conquête dont nous avons parlé. Augmentant sans cesse le nombre des citoyens, il accroissait par cela même la force de Rome. Mais lorsqu'elle eut englobé l'élément latin qui l'entourait et dont l'assimilation à raison de l'identité de mœurs et de coutumes avait été facile, elle dut renoncer à un système devenu impraticable, qui aurait même pu être dangereux en étouffant l'élément purement latin sous l'élément étranger.

Dès lors le territoire romain cessa de s'accroître ; l'*ager Romanus* resta renfermé dans d'étroites limites ; Rome se contenta de rattacher à elle par des

liens de sujétion plus ou moins étroits les peuples qu'elle enchaînait à sa fortune, et dont elle faisait les instruments de sa grandeur future.

C'est par une gradation habile de concessions ou de rigueurs dans la condition faite aux habitants, en semant des germes de discorde entre les peuples soumis qu'elle les maintint sous sa puissance tout en les laissant désormais en dehors de la cité Romaine. Elle sut éviter ainsi une entente dangereuse entre des nations qu'elle gouvernait de fait plus ou moins directement, mais qui pendant longtemps conservèrent théoriquement leur indépendance.

La condition qui leur fut faite était une sorte de protectorat ; les mêmes relations existaient entre Rome et les cités qui existent de nos jours entre un État protecteur et un État protégé.

L'Italie forme donc après la conquête Romaine non pas un état fédéral avec une organisation unique, mais un aggrégat d'États différents sans relations entre eux, et dont l'unique lien consiste dans un traité avec une même partie contractante, qui est toujours Rome.

Plus tard, une transformation s'est opérée, qui a eu pour effet de faire disparaître la personnalité politique de ces peuples pour les transformer en personnes morales, soumises aux règles du droit civil. C'est ce travail qui a abouti à la formation du municipale, type de la commune romaine, personne morale assimilée aux autres *universitates*.

Par « municipes » on a d'abord désigné les sujets des villes liées avec Rome, soit par l'*hospitium*, soit par un *fœdus*.

C'est ce que laisse entendre l'origine du mot *municipes* (*munus*, *capere*), qui, dans son double sens, comprend à la fois les avantages résultant de la qualité d'allié et les charges qui en formaient la contre-partie (1).

Ce n'est même pas dans une seconde période, alors que le droit de cité romaine leur eut été accordé en partie, que les municipes cessèrent d'être personnes de droit des gens. Ce résultat ne fut atteint que le jour où, adoptant les lois romaines, ils devinrent *populi fundi*, c'est-à-dire reçurent, par une décision du Sénat romain, le droit de cité complet, en même temps qu'ils adoptaient la législation romaine. C'est cette décision du Sénat qui, sous le nom de *lex civitatis*, réglait pour l'avenir la condition du municipe, fixait la somme plus ou moins grande d'autonomie locale qui lui était laissée.

Tel est le sens définitif du mot *municipium* et c'est ainsi que nous l'entendrons désormais. M. Houdoy (2) montre en quelques lignes le caractère de cette transformation (p. 58).

« En se soumettant aux lois romaines, les municipes cessèrent d'être des *reipublicæ* ; il n'y eut

(1) V. Festus, aux mots *municipium* et *municipes*.

(2) De la condition et de l'administration des villes chez les Romains. Thèse de Doctorat, Paris, 1875.

« plus qu'une *respublica*, Rome, que des citoyens
« concourant, à un titre égal, aux affaires publiques
« de cette *respublica*. Comme les anciens Romains,
« les nouveaux citoyens votaient la loi, nommaient
« les magistrats, aspiraient aux honneurs ; ils ser-
« vaient dans les légions et non plus comme *socii*. »

A côté des cités soumises par Rome, d'autres furent créées par elle, principalement dans le but d'assurer sa domination sur les premières. Nous voulons parler des diverses colonies formées par Rome, soit à son image et par des citoyens romains, soit à l'image des villes du Latium et par des Latins.

Pour les colonies romaines formées dans un but militaire, comme nous l'avons dit, ou à l'époque des Gracques, dans un but social, pour assurer aux citoyens pauvres de Rome des moyens d'existence, leur qualité de personne morale est indiscutable. Ce caractère est nettement accusé par la définition même qu'en donne Servius,

« *Colonia est autem pars civium aut sociorum missa,*
« *ubi rempublicam habeant ex consensu suæ civitatis.* »

Quant aux colonies latines faisant partie du *nomen latinum* elles avaient vis-à-vis de Rome une indépendance politique qui ne permet pas de les ranger parmi les personnes morales. Leur condition était la même que celle des cités latines et elles vinrent plus tard s'absorber, comme elles, dans la classe des *municipes*.

Nous n'avons pas à parler des préfectures, villes alliées ou colonies, où, poussée par des raisons politiques, Rome envoyait un magistrat (*præfectus*) chargé de remplacer temporairement ou d'une manière définitive certains magistrats supérieurs locaux. Ce fait ne changeait rien à la condition juridique de la cité qui restait ce qu'elle était auparavant, personne de droit des gens ou simple *universitas*.

Le travail d'assimilation qui sous la République avait eu pour effet de rapprocher la constitution des diverses cités d'un modèle unique qui était Rome trouva sa sanction législative dans la *lex Julia municipalis* rendue par Jules César et dont quelques fragments nous sont parvenus. A partir de cette époque, et bien que les textes législatifs aient continué à distinguer soigneusement les colonies, les préfectures et les municipales, leur constitution municipale, sauf quelques différences de détail est sensiblement la même. Toutes ces agglomérations ainsi que d'autres moins importantes, les *vici* et les *pagi* présentent alors le caractère commun de personnes morales.

Sans doute, toutes les conséquences de ce principe n'ont pas été immédiatement reconnues. Comme nous le verrons plus loin, à raison même de leur constitution primitive, les cités n'ont pas été sur le champ assimilées d'une manière complète aux personnes physiques.

Pour plusieurs théories juridiques et notamment pour celles de la possession, les textes des juricons-

sultes de l'époque classique conservent la trace de ces hésitations.

C'est que le caractère primitif de la cité a persisté longtemps encore après la transformation qui s'est opérée dans sa condition juridique.

Elle est restée personne publique : elle a ses tribunaux ; elle agit devant eux par l'intermédiaire de ses magistrats ou de particuliers. Plus tard, ces privilèges tendent à s'effacer ; la législation la rapproche de plus en plus des collègues, personnes morales sans aucun caractère politique.

Nous allons étudier le développement successif de cette personnalité des cités aux diverses périodes de l'histoire Romaine en insistant surtout sur l'état définitif de la législation qui les concerne.

CHAPITRE I

Du patrimoine des cités

Le patrimoine de toute personne se compose de droits réels et de droits personnels. Nous étudierons les seconds, c'est-à-dire les créances ou les obligations qui peuvent exister au profit ou à la charge des cités en même temps que les actes de leur vie civile. C'est de leurs droits réels que nous allons nous occuper tout d'abord.

§ 1. — *Du droit de propriété.*

Pour les cités alliées de Rome (*liberæ, fæderatæ* ou latines) le traité qui réglait les conditions de leur alliance avec elle, leur laissait la libre disposition des objets soustraits à l'appropriation individuelle.

Plus tard après avoir perdu leur personnalité de droit des gens et être devenu des municipes par l'adoption des lois romaines, elles conservèrent leur patrimoine, non plus comme personnes souveraines, mais à titre d'*universitates* soumises dans les limites que nous indiquerons à l'application du droit civil Romain.

Pour les colonies, l'origine de leur patrimoine nous est nettement indiquée par les *agrimensores*. Elle était en général établie sur le territoire d'une population vaincue dont la conquête avait fait rentrer les terres dans l'*ager publicus* (1). Une partie pouvait lui être rendue (*ager redditus*). Le reste formait le patrimoine du nouvel établissement. La loi ou le sénatus-consulte qui fondait la colonie déterminait sous quelles conditions les terres étaient concédées. C'était là l'assignation (*datio assignatio*) qui accompagnait presque nécessairement l'établissement d'une colonie. M. Garsonnet (2) indique les différences qui existaient entre ces deux institutions :
« Ce qui distingue essentiellement la fondation de
« la colonie de l'assignation, c'est le motif spécial
« qui la fait créer, le pouvoir qui la décrète, la
« constitution politique qui lui est donnée et un
« mode particulier de distribution des terres...
« L'assignation est une libéralité ; la colonie un
« établissement. »

Les auteurs ne sont pas d'accord sur les effets de la concession de l'*ager publicus* et par suite sur la nature de la propriété communale. Faut-il y voir une propriété quiritaire ou une application du fermage perpétuel ? D'après M. Garsonnet il paraît certain que la loi ou le sénatus-consulte qui autorisait la distribution des terres disait à quelles conditions

(1) Niebuhr, *Hist. Rom.*, t. III, p. 62.

(2) *Histoire des Locations perpétuelles*.

elles seraient possédées. Il en conférait le plus souvent la propriété : les mots *datio assignatio* semblent eux-mêmes l'indiquer ; mais il pouvait aussi ne les concéder qu'en fermage perpétuel à charge du paiement d'un vectigal.

Quoi qu'il en soit, en fait et par le résultat d'une longue possession les redevances cessèrent d'être payées, la propriété du colon devint propriété quiritaire, et la clause fréquente d'inaliénabilité, conséquence de la concession de l'État, tomba elle-même en désuétude.

Si nous essayons maintenant de classer les diverses choses sur lesquelles aurait pu s'exercer le droit de propriété de la cité nous devons écarter d'abord celles placées par le droit public Romain en dehors du commerce, parmi elles la mer, le rivage, les ports qui font partie des *res communes* ou *res nullius*. Elles peuvent, il est vrai, être temporairement soustraites à l'usage de tous au profit d'un particulier ; mais lorsque l'obstacle matériel à leur utilisation disparaît, elles recouvrent leur caractère ancien (D. L. ult. *Ne quid in loc. publ.* 43, 8. LL. 3 et 4. *De off. præsidis*). Des lois de police empêchent les abus qui pourraient en être faits (L. 1 § 17 *De Fluminibus*). Il est vrai que pour le rivage la doctrine des jurisconsultes ne paraît pas très sûre ; un texte de Celsus incline d'une façon dubitative à le faire rentrer dans le domaine public du peuple Ro-

main, ce qui, en toute hypothèse, écarte la propriété des cités.

Une deuxième catégorie de choses considérées aussi comme *extra commercium*, ce sont les *res divini juris*, *res sacræ*, *sanctæ* ou *religiosæ* (V. au D. LL. 6, 7, 8 et 9 de Div. Rer. 1, 8). Ces objets, les murs ou les portes des villes parmi les *res sanctæ*, les lieux consacrés aux inhumations parmi les *res religiosæ*, ceux consacrés aux dieux, les temples ou leurs statues par exemple, parmi les *res sacræ*, étaient en dehors du droit civil et sous la sauvegarde de la religion, pour que leur dégradation, considérée comme une véritable profanation, fût plus sévèrement punie.

Ce motif même qui nous fait écarter pour les objets consacrés au culte l'appropriation privée limite en même temps l'étendue de cette exception. Les parties du territoire ainsi placées temporairement *extra commercium* sont pour ainsi dire imprégnées de propriété communale. Si la destination religieuse pour un motif quelconque vient à cesser le lieu reste propriété communale. C'est là ce qui ressort de certaines dispositions de la loi de la colonie Julia Genetiva, éclairées par le lumineux commentaire de M. Giraud.

Elles sont en harmonie avec ce que nous savons touchant l'organisation du culte à Rome et dans ses colonies. Le chapitre LXIV de la loi Genetivaine établit la compétence des pouvoirs publics de la colonie,

viros et senat, pour tout ce qui touche à la police et à la liturgie du culte public. C'est un trait de plus d'analogie avec la constitution Romaine où le Sénat avait en matière religieuse une compétence limitée dans une faible mesure par celle du Grand Pontife.

L'origine des biens consacrés au culte est publique. Lors de la distribution du territoire aux colons une partie était immédiatement affectée au service du culte et mise dans ce but à la disposition des *collegia sacerdotum*. (Sic. Flacc. p. 162, ed. Lachm).
« *Collegia sacerdotum itemque virgines habent agros et*
« *territoria quædam etiam determinata* ».

Plus tard l'affectation au culte d'une partie quelconque du territoire de la colonie devait être sanctionnée par un acte des pouvoirs publics de la colonie. (*Gaius* II § 5).

A côté du temple communal et sacré, une inscription découverte à Furfo nous montre des biens fonds dont les produits sont affectés au culte mais qui restent profanes. L'aliénation en est permise ; l'argent qui en provient demeure *res profana*, mais les remplois en bien-fonds revêtent de nouveau le caractère religieux.

« *Sei quod ad eam ædem, donum datum donatum de-*
« *dicatumque erit uti liceat æti venumdare. Ubi venum-*
« *datum erit id profanum esto.* » (C. I. L. T. I, n°503).

L'administration des *loca sacra* ou *dedicata* reste laïque et les frais du culte sont couverts par la caisse publique et communale. « *Venditio locatio ædilis esto.* »

Le vol des choses sacrées du *vicus Furfensis* est frappé par les édiles d'une amende arbitraire « *sei qui hic sacrum surrupuerit ædilis multatio esto, quanti volet* ».

Certains revenus municipaux étaient spécialement affectés au service du culte. Le chapitre LXV de la loi genetivaine attribue aux frais du culte les amendes encourues *pænæ nomine* à propos des concessions de fonds vectigaliens. C'est ce qui se passait à Rome (Orelli 4425, 4427) pour certaines amendes de police recouvrées par le magistrat civil.

L'attribution de ces fonds au service du culte est en quelque sorte une règle constitutionnelle; défense est faite même d'émettre un avis dans le sénat pour les détourner de la destination prévue par la *lex coloniae*.

Le chapitre LXIX contient la sanction de ces dispositions : dans l'année de leur magistrature les magistrats premiers nommés dans la colonie, dans les soixante jours de leur entrée en charge les magistrats qui les suivront désormais, doivent régler l'emploi de ces fonds. « *Duumviri qui post coloniam deductam primi erunt, ii in suo magistratu et quicumque IIviri in colonia Julia erunt, ii in diebus LX proximis, quibus eum magistratum gerere cæperint ad decuriones referunto cum non minus XX aderunt, uti redemptori redemptoribusque qui ea redempta habebunt quæ ad sacra resque divinas opus erunt pecunia ex lege locationis adtribuatur solvaturque.* »

Nous ajouterons enfin que le produit des quêtes

(*stipes*) faites dans les lieux publics contribuait à grossir le budget du culte. Elles devaient être employées pour l'entretien du temple même dans lequel elles avaient été recueillies (Ch. LXXII).

Nous arrivons maintenant aux objets composant le domaine municipal proprement dit. Nous devons examiner tout d'abord si les Romains faisaient une distinction entre le domaine municipal public et privé. Une grande confusion existe sur ce point dans les textes par suite des significations très diverses du mot *publicus*.

Cette expression désigne tour à tour et exclusivement, le domaine du peuple Romain c'est-à-dire de l'état Romain. L. 15, De Verb. Signif. « *Bona civitatis abusive publica dicta sunt ; sola enim ea publica sunt, quæ populi Romani sunt* » L. 16 *in fine* (id.).

Le domaine privé des cités L. 17, de Verb. sign. : « *Inter publica habemus non sacra, nec religiosa, nec quæ publicis usibus destinata sunt , sed si qua sunt civitatum velut bona, sed peculia servorum civitatum procul dubio publica habentur.* »

Exclusivement le domaine public des cités ou de l'État. D. L. 9, De Usurp. et Usuc. « *Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis, populi Romani et civitatum.* »

Enfin le domaine privé de l'État, L. 6 *in pr.*, de Cont. Empt. « *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cujuscumque rei (si) scias alienationem non esse ut sacra, et religiosa loca,*

« aut quorum commercium non sit, ut publica, quæ non
« in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est
« *Campus Martius*. »

Il est certain cependant que si les jurisconsultes Romains manquaient d'expressions techniques pour distinguer les domaines public et privé de l'État ou des communes ils en avaient une idée très nette et en avaient même tiré des conséquences pratiques comme cela résulte des lois 9, *De Usurp. et Usuc.* et 6 pr., *De Cont. Empt.* au D. citées plus haut, qui consacrent l'imprescriptibilité du domaine public.

Il comprenait les théâtres, stades, fontaines et aqueducs, rues et places publiques. La *lex coloniæ genitivæ* nous fait connaître que la nouvelle distribution des terres conservait à la colonie créée le domaine public de l'ancienne cité. Ch. LXXIIX « *Quæ*
« *viæ publicæ, itinerave publica, sunt, fuerunt, intra eos*
« *fines qui coloniæ dati erunt, quicunque limites, quæque*
« *viæ, quæque itinera, per eos agros, sunt, erunt fue-*
« *runtve, eæ viæ, eique limites, eaque itinera publica*
« *sunt,* »

C'est là une pratique que confirment divers passages des *agrimensores* notamment *Siculus Flaccus*, p. 18, *De cond. agr.* : « *Itineris, viæ, actus, ambitus,*
« *ductusque aquarum quæ publicis utilitatibus servierint,*
« *ad id usque tempus quo agri divisiones fierent in eadem*
« *conditione essent qua ante fuerant, nec quisquam utili-*
« *tatibus publicis derogaverunt.* » (V. aussi Hygin, p. 208, Goez).

Conformément à ces règles, les droits des particuliers sur toutes les dépendances du domaine public restent les mêmes que précédemment. Ch. LXXIX :
« *Qui fluvii, rivi, fontes, lacus, aquæ, stagna paludes*
« *sunt in agro qui colonis hujusce colonie divisus erit,*
« *ad eos rivos... itus actus, aquæ haustus, iis item esto*
« *qui eum agrum, habebunt possidebunt, uti iis fuit qui*
« *eum agrum habuerunt possiderunt, item que iis*
« *itineris, aquarum lex jusque esto.* »

Ce texte contient l'énumération des eaux qui peuvent faire partie du domaine public de la colonie. L'usage en est réservé aux habitants. Dans certains cas elles peuvent faire l'objet de concessions à des particuliers. Le chapitre C. de la *lex* exige alors le consentement des décurions au nombre de 30 au moins. « *Si decuriones major pars, qui tum adfuerint*
« *aquam caducam in privatum duci censuerint ita ea*
« *aqua utatur, quot sine privati injuria fiat, jus potestasque esto.* »

En ce qui concerne la voirie, les grandes routes faites *publice*, c'est-à-dire aux frais de l'Etat, ont toujours dépendu du domaine public du peuple Romain. D'autres moins importantes étaient entretenues aux frais des cités sur le territoire desquelles elles se trouvaient. Ce sont celles (*via* ou *iter*) dont il est question dans les chapitres LXXIX et XCVIII de la loi génétivaine.

Ce dernier est curieux en ce qu'il nous montre la corvée employée pour leur entretien. Déjà une indi-

cation analogue nous était fournie par un passage de Siculus Flaccus, cité par M. Giraud (Lachm., p. 146).

La prestation à exiger des colons ne peut dépasser cinq journées de travail par chaque année de chaque homme pubère et trois journées de chaque attelage de chariot.

Au titre de *muneribus* et *honoribus* du Digeste nous trouvons des indications sur la *munitio viarum*. La loi 1 § 2, la fait rentrer au nombre des *munera personalia* n'imposant pas de dépense (*sumptus*) à celui qui en est chargé. Le fragment 12 en exempte les magistrats. Enfin d'après la loi 14, c'est une charge *locorum non personæ*, réelle mais non personnelle.

Les autres biens sur lesquels la cité avait en tant que personne morale un véritable droit de propriété composaient son domaine privé. Ils se divisaient en deux parties :

Pour les uns, analogues à nos communaux modernes, la jouissance en était abandonnée aux habitants. Ce sont les *agri compascui*, s'administrant comme les pâturages publics (Sénatus-consulte, *De gennatibus* C. I. L. I. p. 73). (*Compascua publica Juliensium, Silva Augustinorum*). Les citoyens ou colons en jouissent sous la condition de payer un léger vectigal, signe du domaine supérieur de la commune.

Quant aux terres arables, propriété de la cité, elles étaient concédées le plus souvent à bail perpétuel. Le fermage pouvait être payé en nature ou en argent. Dans ce dernier cas, les revenus qui en pro-

venaient tombaient dans la caisse commune, dans l'*ærarium* (*Silva et pascua coloniae Augustae concordiae*).

La propriété des statues élevées sur les places publiques en l'honneur de certains personnages marquants avait donné lieu à une controverse parmi les jurisconsultes romains. Appartenaient-elles à la personne qui les avait fait élever ou en l'honneur de qui elles avaient été placées ? Faisaient-elles partie du domaine public ou privé de la cité ?

En général, on distinguait, suivant l'intention de leur auteur ; si c'était dans le but d'embellir le municipe, *ornandi gratia*, elle devenait propriété publique, (*quasi publicata*), et la revendication qui en était faite échouait devant une *præscriptio in factum* (D. L. 23, *De except.* — 41, *De adq. rer. dom.* — 29, *De rebus auct. judic.*). Leur enlèvement pouvait donner ouverture à l'interdit *Quod vi aut clam* au profit de la personne qui l'avait fait placer, ou de l'action *furti* au profit de la cité (D. II, § 1. *Quod vi aut clam*).

Parmi les biens des cités, on compte depuis la plus haute antiquité des esclaves publics. Propriété des anciennes républiques italiques, ils étaient restés dans le domaine privé de la cité personne morale. Leur condition semble avoir été, à bien des titres, meilleure que celle des esclaves privés. Ils jouissaient d'un pécule, et purent, vers la fin de l'empire, sortir de la condition ordinaire des esclaves pour devenir, en quelque sorte, des fonctionnaires. Les uns étaient employés pour les travaux

publics, *Silicarii*, *aquarii*, *metallarii* (Orelli, 3, 203), d'autres dont la condition était plus douce dans différents services publics. Ils avaient pour leur entretien une paye annuelle (Pline, Ep., X, 40), pour leur usage quelque lieu du domaine public (*Lex Jul.Gen.*). On peut citer parmi les emplois qui leur étaient confiés le soin des funérailles, les services des prisons (Pline, X, 30, 31), celui de caissier (*servus arcarius*). Enfin, l'emploi de greffier (*tabularius*) paraît leur avoir été réservé (Orelli, 3202, 3232), jusqu'au jour où une constitution des empereurs Arcadius et Honorius, provoquée sans doute par la corruption générale qui envahissait l'empire, le leur interdit (1).

Les magistrats devaient avoir sur eux les mêmes pouvoirs que les particuliers sur des esclaves privés; comme ces derniers, ils pouvaient acquérir des droits réels ou des droits de créance au nom et pour le compte de la cité.

De ce que l'esclave appartient à la personne morale et non aux citoyens, les jurisconsultes romains avaient tiré cette conséquence logique qu'un esclave public pouvait être mis à la torture dans un procès concernant un des habitants de la cité.

1, § 7, D. 4818. « *Servum municipum posse in caput civium torqueri sæpissime rescriptum est : quia non sit illorum servus, sed reipublicæ. Idemque in cæteris servis corporum dicendum est nec enim plurium ser-*

(1) L. 5, C. Th. De tabulariis, L. VIII, t. II.

« *res videtur sed corporis* » (V. aussi Marcien, *De Div. Rer.*, 6, § 1).

Une autre conséquence du même principe d'après le texte de Marcien, c'est que l'affranchi d'une cité n'a pas à solliciter du préteur le droit d'appeler en justice un des citoyens. Il est permis d'en conclure qu'il resterait soumis au droit commun s'il voulait intenter un procès non à un particulier, mais à la cité elle-même (L. 10, § 4, *De in jus vocando*).

Ces textes supposent le droit pour les cités d'affranchir leurs esclaves. Leur a-t-il été reconnu de tout temps ?

D'après plusieurs auteurs s'appuyant sur un texte du Code (L. 3, *De serv. reip. manumittendis*), ce serait une loi Vectibulici qui, sous Adrien, leur aurait la première, ouvert une faculté interdite jusque là.

Ce n'est là qu'une conjecture. Le texte de la loi semble plutôt régler des questions de forme que trancher la question de principe. Il est fort possible qu'elle n'ait fait qu'ajouter aux conditions du droit commun en exigeant l'assentiment de la curie et du président de la province (LL. 1 et 2 au même titre). Des exemples célèbres d'affranchis du peuple romain, tels que l'esclave *Vindicius*, affranchi par la *vindicta*, permettent de croire que l'intervention des magistrats pouvait donner la liberté aussi bien aux esclaves publics qu'aux esclaves privés.

Il nous reste à parler du Trésor public de la cité, *arca* ou *ærarium*.

Il était alimenté par les revenus des biens communaux, immeubles ou créances, joints aux produits de certains impôts.

Ceux-ci consistaient surtout en droits payés pour l'importation ou le transport de certaines marchandises.

La loi 16, § 17 au D. donne la nomenclature des objets qui étaient le plus souvent frappés de droits. En général, leur produit ne tombait pas dans la caisse municipale, mais ils étaient affermés à des compagnies de publicains qui les prenaient aux enchères, aux mêmes conditions que les droits perçus au profit de l'État.

Pour l'établissement et la modification de ces impôts, une loi du jurisconsulte Hermogénien exige le consentement exprès du prince, contrairement à la règle générale qui confiait le contrôle des intérêts municipaux au gouverneur de la province (D. L. 10, *De public.*) (1). Il est probable que cette constitution eut pour but d'empêcher les concussions que l'abus de leur pouvoir leur aurait rendu facile ; l'exemple du trop célèbre Verrès montre assez que ces mesures de prudence n'étaient pas inutiles.

Outre ces diverses sources de revenus, de nombreuses amendes pouvaient être encourues pour des infractions à la *lex civitatis*.

(1) « *Vecligalia sine imperatorum præcepto neque Præsidi neque curatori, neque curiæ constituere, nec præcedentia reformare et his vel addere vel diminuerè licet.* »

La *lex coloniae Genetivæ* en offre de nombreux exemples. Nous aurons à y revenir lorsque nous nous occuperons de leur mode de recouvrement.

Au point de vue de leur condition juridique, les règles du droit commun s'appliquent-elles aux biens des cités ? Un texte de Paul (Sent. V, II, § 4) les déclare prescriptibles (V. aussi L. 15, § 27, *De dam. inf.*).

Pour l'usucapion, M. Garsonnet (*Op. cit.*, p. 175), s'appuyant sur un texte formel de Gaius que nous avons déjà cité (L. 9, *De usurp. et usuc.*), n'admet pas qu'elle leur soit applicable.

La loi 12, § 2, *De Publ. in rem.*, prévoit formellement le cas où ils seraient l'objet d'une action publicienne.

Quant à la question de l'aliénabilité de ces fonds, nous nous réservons de l'examiner plus loin.

§ 2. — *Autres droits réels appartenant aux cités.*

Nous ne parlons pas de ceux qui pouvaient grever les biens dont ils étaient propriétaires ; la nature de la personne morale sur les biens de laquelle ils étaient établis n'apportait aucune dérogation aux règles ordinaires.

En était-il de même des droits réels qui font plus spécialement l'objet de ce paragraphe ? En principe, nous devons répondre par l'affirmative. Au même titre que des particuliers, les cités possédaient des servitudes actives, ou voyaient leurs

créances garanties par des hypothèques. Il est cependant un droit réel qui avait dû être l'objet d'une réglementation spéciale, nous voulons parler du droit d'usufruit.

Sa constitution au profit d'une cité soulevait une difficulté particulière, en ce qu'on ne pouvait assigner de délai à son expiration, puisque la durée de la vie d'une personne morale est tout à fait indéterminée.

Or, un délai certain ou incertain est de rigueur, sans quoi le droit du nu-propriétaire eût été nul. La difficulté s'était posée dans l'hypothèse d'un legs d'usufruit fait à une cité. Les jurisconsultes romains pour concilier l'intérêt des parties, décidèrent que sa durée ne pourrait, dans aucun cas, excéder cent ans, cette période de temps étant considérée comme le terme le plus long de la vie humaine (D. L. 56, *De usuf. et quemad.*).

La loi 68, *ad leg falc.* ne contredit pas la précédente. Elle a pour but de fixer quelle sera la valeur en capital d'un droit d'usufruit soumis à la réduction nécessitée par l'application de la loi Falcidie. Cette valeur, nous dit le jurisconsulte, sera calculée sur une durée de trente ans. « *Sic denique et si rei-
« publicæ ususfructus legetur, sive simpliciter, sive ad
« ludos triginta annorum computatio fit.* » C'est là une anomalie difficile à justifier : on donne ainsi à l'usufruit une valeur certainement inférieure à celle qu'il a réellement.

CHAPITRE II.

Quels étaient les représentants des cités ?

Nous venons d'indiquer de quels éléments étaient composée la fortune publique et privée de la cité. Voyons maintenant quelles personnes étaient chargées d'accomplir les actes juridiques nécessaires à sa gestion. La personne physique en effet agit par elle-même ; les personnes morales pour pouvoir accomplir les actes nécessaires à leur vie civile doivent être représentées.

Pour bien saisir la théorie des jurisconsultes Romains dans cette matière, il faut d'abord préciser ce qu'était pour eux la notion de la personnalité morale des cités. Elles font partie d'un certain groupe, les *universitates*. « Elles manifestent extérieurement leur existence par une réunion d'individus déterminés sans laquelle on ne les conçoit pas ; elles sont l'expression et la résultante d'une collection d'intérêts appartenant en commun à ces individus, mais à eux seuls » (1). Le terme technique dont se servent les jurisconsultes pour les désigner ce sont les expressions *municipes ejus municipii*, *coloni ejus coloniae*.

(1) Accarias, t. 1 p. 412.

Leur identité juridique n'est pas altérée par la disparition de quelques-uns de leurs membres et leur remplacement par d'autres. Les droits appartiennent à l'ensemble et non à chacun d'eux en particulier. (D. L. 7 § 1 *quod cujusc. univ*).

Il suit de là que le consentement de tout le peuple oblige directement et immédiatement la personne morale sans qu'il soit besoin pour cela d'aucune fiction. Une première difficulté se présente lorsque sa décision n'est pas unanime. On dut admettre dans ce cas que le consentement de la majorité suffirait :

D. L. 160 § 1 De Reg. jur. « *Refertur ad universos quod publice fit per majorem partem* ».

On sait d'autre part que dès la plus haute antiquité les communes, en tant que corps politiques, étaient administrées par des magistrats nommés par le peuple associé quelquefois à cette administration, sans que son intervention directe et exclusive ait jamais été admise.

On fut ainsi naturellement conduit à cette fiction de droit public d'après laquelle les magistrats de la cité la représentent aussi bien au point de vue civil qu'au point de vue politique.

Les pouvoirs publics de la cité sont au nombre de trois, le peuple, la curie et les magistrats. A raison même des difficultés pratiques de son intervention, le rôle du peuple fut de bonne heure limité en principe au droit de nommer les magistrats. Plusieurs textes nous montrent que c'est à la curie qu'appartient

le droit de décision. C'est d'abord la loi du 14 *ad mun* « *Municipes intelliguntur scire quod sciant hi quibus summa reipublicæ commissa est.* »

Elle est complétée par un texte de Scaevola L. 18 au même titre « *Quod major pars curiæ effecit pro eo habetur, ac si omnes egerint* » et par la loi 3 pr. *Quod cujusc. univ.* « *Nulli permittetur nomine civitatis vel curiæ experiri, nisi ei cui lex permittit, aut lege cæsanthe ordo debet, cum duæ partes adessent aut amplius quam duæ* ».

Elle a pour mission de délibérer sur les intérêts de la cité, l'action appartenant aux magistrats ; c'est une organisation identique à celle de la commune moderne.

Ce n'est pas seulement un droit de contrôle qui lui appartient : pour tous les actes engageant les finances de la cité, elle a le droit de décision.

Ce point a été contesté notamment par M. Mommsen. Il objecte l'ancienne constitution des actes italiques d'après laquelle les chefs de la commune disposaient absolument et librement du Trésor.

M. Humbert (*Op. cit.*, t. II, p. 303) a très bien montré, selon nous, que ce droit absolu des magistrats sur les finances n'existait pas, au moins du temps de l'empire. Les colonies et les municipes romains devaient avoir imité bientôt le régime de Rome républicaine.

« Celle-ci avait de bonne heure limité l'ancien *imperium regium* des consuls par la création des ques-

« teurs, puis par l'autorité du sénat, relativement à
« la disposition du trésor extraordinaire et surtout
« pour les dépenses de guerre en province, puis par
« l'institution des censeurs, auxquels on ouvrait un
« crédit limité, et enfin on avait organisé la haute
« direction du contrôle législatif au Sénat sur les
« finances. C'est ainsi que ce grand conseil seul ré-
« glait les recettes, et se réservait de casser même
« les baux et marchés des censeurs. »

Le même auteur cite divers passages de la loi de Malaca, qui prouvent que les chartes municipales avaient réglé sur les mêmes bases les finances locales.

Le chap. 63 exige l'intervention de la curie pour la destruction d'un édifice ; le chap. 64, pour autoriser la vente des biens des *prædes* engagés pour garantir un emprunt fait à la cité.

Il faut y ajouter des textes plus explicites encore de la *lex Jul. Genetiva*, notamment les chapitres LXIX, XCVI, XCVIII, et ch. XCVI. « Si un décurion de
« cette colonie requiert le duumvir ou le préfet de
« prendre l'avis de la curie, relativement à une
« question des deniers publics ou de recouvrements
« d'amendes pour contraventions, de même que pour
« toute réclamation concernant la conservation par
« voie de justice des propriétés rurales de la colonie
« et des édifices publics, le duumvir ou celui qui
« préside à l'administration de la justice des proprié-
« tés rurales de la colonie et des édifices publics,

« devra convoquer et consulter les décurions au plus
« prochain jour utile et se conformer à leur avis,
« pourvu que la majorité des membres de la curie
« ait pu prendre part à la décision. La délibération
« prise alors par la majorité des membres présents
« fera loi. »

Un passage de Cicéron montre cette intervention nécessaire de l'assemblée municipale.

De Signis. IV : « *Discedens (Verres) mandat proa-
« goro Sopatro, cujus verba audistis, ut demoliatur ;
« quum recusaret, vehementer minatur : ita tum ex
« illo oppido proficiscatur. Proagorus refert rem ad se-
« natum ; vehementer undique reclamatur. »*

Toute décision de la curie devait être prise à la majorité des deux tiers des voix (L. Mal., C. 61. — D. L. 3 et 4, *Quod cujusc. univ.* — L. 50, *De dec. ab. ord. faciend.*).

Les magistrats supérieurs municipaux sont chargés d'exécuter les décisions de la curie. Ce sont les *II viri*, *IV viri juri dicundo*, les *œdiles* ou plus tard le *curator reipublicæ*.

Ils président à ses délibérations, ont pour mission d'ouvrir la séance (*habere senatum*) d'exposer l'affaire (*referre*) et de recueillir les avis (*sententiam rogare*) (L. Jul. Mun. chap. 128 et 129 Orelli 4036).

Nous verrons plus loin ces magistrats agir comme représentants de la cité personne morale, passer en son nom les contrats nécessaires pour la gestion de son patrimoine.

Les cités ne jouissaient pas d'ailleurs d'une autonomie complète dans l'administration de leurs affaires. Des monuments épigraphiques attestent l'immixtion du pouvoir central depuis une époque fort reculée. M. Giraud, à l'appui de cette manière de voir, cite une « *epistola* » de Vespasien adressée aux administrateurs du municipe de Sabora (Hübner. Inscript. hispán. p. 194). Elle contient la confirmation d'une concession faite par l'empereur Auguste du droit de percevoir un Vectigal. « *Vectigalia quæ ab divo Augusto accepisse dicitis custodio.* »

Cette surveillance, dictée plutôt par des considérations politiques que par le désir de sauvegarder le patrimoine des cités paraît avoir été limitée à certains cas exceptionnels. Il y avait loin de là à une institution régulière et à un contrôle sérieux dont le besoin ne tarda pas à se faire sentir.

Les lettres de Pline le jeune à Trajan abondent en renseignements sur la situation financière des cités de son gouvernement. Il la représente en général, comme mauvaise et soumet à l'empereur les mesures qu'il croit devoir prendre pour remédier aux désordres qu'il constate.

Ces mesures n'ont pas dû être isolées ; il est probable que dès cette époque les gouverneurs des provinces exercent sur l'administration financière des cités un contrôle sérieux ou même y prennent part d'une façon active.

« *Nunc reipublicæ Prusensium impendia, reditus, de-*

« bitores excutio quod ex ipso tractu magis ac magis
« necessarium intelligo multæ enim pecuniæ variis ex
« causis a privatis detinentur, præterea quædam minime
« legitimis sumptibus erogantur. » « Despice Domine, an
« necessarium putes mittere hic mensorem: videntur enim
« non mediocres pecuniæ posse revocari a curatoribus
« operum si mensuræ fideliter aguntur. Ita certe prospici-
« cio ex ratione Prusensium quam cum Maximo tracto. »

C'est là un exemple du contrôle exercé par les gouverneurs sur les fonctionnaires municipaux ; ailleurs, nous voyons apparaître la nécessité d'une autorisation préalable pour certains actes pouvant engager les finances de la ville au delà de ses ressources.

L'autorisation de réparer un bain est accordée par le prince (let. 34) « modo ne quid ideo aut intrin-
« buant, aut minus illis in posterum fiat ad necessarias
« erogationes ».

Il ne paraît pas qu'il y eut au début obligation pour le gouverneur de consulter l'empereur comme le faisait Pline ; c'est là un cas tout particulier qui s'explique pour ce dernier par les relations d'amitié existant entre lui et Trajan.

Nous trouvons à la même époque des villes conservant encore en vertu de traités leur indépendance sans aucune immixtion du pouvoir central, la ville d'Apamée p. ex. (Lettre 56).

Plus tard, la centralisation augmente ; les gouverneurs n'osent plus agir sans l'assentiment de l'empereur, et les décrets de la curie ont besoin de son

approbation expresse ou tacite L. 21. *De decr. decur.*
« *Ordinis ambitiosa decreta sacris constitutionibus improbantur.* » Les *decreta ambitiosa* sont ceux qui contiennent une libéralité. L. 4 D. *De decret. ab. ordin. faciendis*. Par extension, cette expression paraît avoir désigné un acte entaché d'excès de pouvoir. V. Suétone Domitien § 8 « *Ambitiosas centumviorum sententias rescidit* ». La loi 5 au même titre indique les autres motifs permettant d'annuler un de ces décrets. Il est facile de voir que sous une formule vague elle établit l'arbitraire absolu du pouvoir central.

« *Quod semel ordo decrevit, non oportere rescindi*
« *D, Hadrianus rescripsit, nisi ex causa si ad publicam*
« *utilitatem respiciat, rescissio prioris decreti* ».

La centralisation avait d'ailleurs été en quelque sorte régularisée par l'intervention d'un fonctionnaire nouveau, agent du pouvoir central, qui ne tarda pas à attirer à lui toutes les fonctions confiées précédemment aux magistrats municipaux.

On a soutenu que le *curator* était un magistrat municipal, nommé par un décret de la curie. Qu'il y ait eu des magistrats municipaux de ce nom, c'est là un fait qui ne saurait nous étonner en présence de la variété infinie des fonctions municipales dans les diverses cités de l'immense empire romain. Mais ce qu'il y a de certain, c'est la création par Trajan d'un fonctionnaire qui, sous le nom de *curator*, a eu pour mission le contrôle des finances municipales et peut être assimilé à un inspecteur général des

finances. Cette fonction n'était d'ailleurs pas incompatible avec d'autres charges locales (Gruter, 45, 2. — 307, 1. — 276, 3. — 381, 1. — 433, 1. — 364, 1).

C'est ce même fonctionnaire qui, plus tard, sous le nom de *curator reipublicæ*, finit par se saisir de toute l'administration du municipe.

A côté des magistratures municipales, *honores*, dont nous venons de parler, certaines charges, *municipales*, permettaient aussi au titulaire qui en était investi de représenter la cité. Une partie des fonctions des magistrats supérieurs, duumvirs ou *curatores*, leur était déléguée ; dans ces limites et sous le contrôle de ces derniers, ils accomplissaient au nom de la cité, les divers actes juridiques nécessités par leur mission.

Confiées en général à des décurions, par un décret spécial de la curie, le nombre de ces charges devint plus considérable à mesure que les honneurs municipaux furent moins recherchés. Il faut citer principalement les *curatores operum* desquels relevait le service si important, à Rome et dans les cités, des travaux publics, le *curator kalendarii*, nommé d'abord par la curie, plus tard et avec les progrès de la centralisation, par le président de la province, après enquête (L. 9, § 7. *De adm. rer.*), ou par l'empereur (Orelli, 4.006).

Le *kalendarium* était le registre des créances à terme d'un particulier ou d'une cité, parce que les intérêts se payaient d'ordinaire aux calendes du

mois. Le *curator kalendarii* était donc chargé du placement à intérêts des fonds des cités.

M. Houdoy (p. 467), le regarde comme un simple caissier, un receveur municipal. Ceci nous paraît peu en harmonie avec l'importance de ces fonctions. On doit plutôt le considérer comme chargé de diriger les finances municipales, de poursuivre la rentrée des fonds placés, d'effectuer dans les conditions déterminées par les lois, les placements de fonds disponibles, ce qui n'a rien de commun avec la *tractatio pecuniæ*.

La loi 9, § 10 *De adm. Rer.* peut être invoquée en ce sens. Dans le cas où il aurait reçu pour la cité une somme d'argent sans la verser à la caisse municipale il devenait comptable envers elle non seulement du capital, mais des intérêts, à moins d'une cause légitime à faire valoir pour expliquer son retard : « *Nisi si quid allegare possit qua ex causa tardius intulisset.* »

On peut citer comme investis de fonctions analogues les « *curatores ad colligendos civitatum publicos redditus* » (D. 18 § 9, *De Muner.*) ou le « *curator pecuniæ exigendæ et attribuendæ* » (Orelli 3882) administrateurs chargés de poursuivre la rentrée des deniers publics (*exactio*).

Bien différente était la mission des comptables chargés du maniement des deniers publics (*tractatio pecuniæ*). Le questeur municipal, plus tard un décurion sous le nom de *curator ærarii*, ou *pecuniæ pu-*

blicæ recouvrait les recettes de la commune ou soldait les dépenses inscrites à son budget. Mais nous avons dit qu'à l'époque du Bas-Empire les fonctions de certains magistrats s'étaient, pour ainsi dire, morcelées en une infinité de charges spéciales, *curationes*, auxquelles correspondait une division analogue parmi les comptables.

C'est ainsi qu'à la *cura annonæ*, branche détachée de l'édilité, correspondait probablement la *quæstura arcæ et alimentorum*. De même, aux *sitiones* ou *olearii* (D. 1 § 2, 18 § 7, *De muner.* ; 21, *Ad mun.* ; 9 § 5, *De adm. rer.*), curateurs chargés d'achats de blé ou d'huile pour l'approvisionnement à bon marché des citoyens, on peut opposer le *quæstor pecuniæ frumentariæ* ou *præpositus pecuniæ alimentariæ*. C'est la conséquence de la dualité existant à Rome entre les fonctions d'ordonnateur et celles de comptable si bien mise en lumière par M. Humbert.

Nous avons jusqu'ici omis de parler d'une fonction toute particulière, celle du *syndicus* chargé d'agir en justice au nom des cités. Il suffit d'en indiquer ici l'existence à l'époque classique ; nous l'étudierons dans le chapitre suivant réservé à l'examen de la représentation des cités.

CHAPITRE III

Comment les cités sont représentées.

Nous avons indiqué précédemment quels étaient les fonctionnaires appelés à représenter les cités. Nous allons maintenant, dans deux paragraphes distincts envisager les effets de cette représentation soit dans les actions judiciaires, soit dans les différents actes de la vie civile des cités.

SECTION I. — *Des actions en justice.*

Nous devons distinguer deux hypothèses.

La cité peut agir devant son propre tribunal ou devant un tribunal étranger.

I. — Le premier cas se présente pour des contestations d'ordre administratif. Sur la limite de compétence du tribunal, il est assez difficile de se prononcer. La *lex Rubria* pour la Gaule cisalpine, une loi, peut-être la loi Roscia, dont quelques fragments ont été découverts en 1880 près de la ville d'Este pour le reste de l'Italie, avaient limité la compétence des juges municipaux (1), mais elles

(1) Esmein, *Études sur la juridiction des magistrats municipaux*.

ne paraissent applicables qu'aux contestations entre particuliers.

Quoi qu'il en soit, nous voyons cette hypothèse prévue par la loi de Genetiva, qui nous fournit de nombreux détails sur la procédure usitée en pareil cas.

Elle édicte des prohibitions nombreuses relatives, soit à l'organisation des pouvoirs publics de la colonie (chap. XCII, XCIII, CXXVIII à CXXXII, LXXXI et LXXXII), soit à des règles de police ou de voirie (CIV, CXXV, CXXVI, LXIV, LXV), ou même de droit pénal (LXI *in fine*).

Le chapitre LXVI prononce même la confiscation d'un établissement dangereux (*tegularium*) établi dans la colonie contrairement aux prescriptions du statut colonial. Dans tous les autres cas, la sanction consiste dans des amendes encourues par les contrevenants au profit du trésor public de la colonie.

Elles sont prononcées suivant les cas par les édiles ou les *II virs* ; si le condamné se refuse à payer, le recouvrement en est poursuivi judiciairement avec l'assentiment des décurions. Ch. XCVI ; « *Si quis de-*
« *curio ejus coloniæ ab IIviro præfectove postulabit uti*
« *ad decuriones referatur, de pecunia publica, deque*
« *multis pœnis que, » de que locis agris ædificis publi-*
« *cis, quo pacto quæri judicative oporteat, tunc IIvir*
« *quive jure dicundo præerit de ea re primo quoque die*
« *decuriones consulto decurionumque consultum facito,*
« *fiat, cum non minus major pars decurionum atsit cum*
« *ea res consuletur. Uti major pars decurionum qui tum*
« *aderint censuerint, ita jus ratumque esto ».*

Nous trouvons dans la loi deux modes de recouvrement.

1° — Une action publique est d'abord ouverte à tous les citoyens « *qui volet petitio persecutioque esto* » mais il faut noter qu'ils agissent comme représentants de la cité; le produit de l'amende doit tomber intégralement dans la caisse publique.

Une disposition analogue se rencontre dans le chapitre IV de la *Lex Mamilia* (Giraud, *Enchir. juris Romani*, p. 625). « *Si quis adversus ea quid fecerit, in res singulas, quotienscunque fecerit H. S. IV millia colonis municipibusve iis, in quorum agro id factum erit, dare damnas esto, pecuniæque qui volet petitio hac lege esto.* »

On peut citer aussi la disposition de la loi de Malaga, ch. LXVI.

« *Multas in eo municipio ab IIviris præfectove dictas in tabulas communes municipum ejus municipii referri jubeto quæque multæ non erant injustæ a decurionibus conscriptisve judicatæ eas multas IIviri in publicum municipum ejus municipii redigunto.* »

Pour le jugement, on procède par formules devant des récupérateurs, tirés au sort par le IIvir. « *Recuperatores sortiantur* » (inscription publiée par M. de Berlanga). M. Giraud voit dans cette procédure l'une des premières applications des *leges Juliae judiciarie*.

Les chapitres XCV et CII, auxquels il suffit de renvoyer, déterminent les règles essentielles de la pro-

cédure, les causes d'excuses qui peuvent être invoquées par le demandeur.

2° — Le chapitre XCV prévoit le second mode de recouvrement de l'amende.

Au cas de poursuite par un particulier, *si privatus petet...*, il oppose celui où le magistrat lui-même *II vir* ou préfet agit pour le compte de la colonie.

« *Si IIvir præfectusve, qui eam rem colonis petet,*
« *non aderit ab eam rem, quot ei morbus sonticus, va-*
« *dimonium, iudicium, sacrificium, funus familiare, fe-*
« *riceve denicales erunt quo minus atesse possit, sive is*
« *propter magistratus potestatemve populi Romani mi-*
« *nus atesse poterit; quo magis eo absente de eo cui is*
« *negotium facesset, recuperatores sortiantur, reician-*
« *tur, res iudicetur, ex hac lege nihil rogatur. »*

Les cause d'excuse prévues par ce texte sont les mêmes que dans l'hypothèse précédente.

Il paraît difficile d'admettre que ce paragraphe, comme le précédent, suppose une action portée devant le tribunal de la colonie. On s'explique mal comment le *IIvir*, chargé de rendre la justice, pourrait en même temps représenter la cité. Peut-être ce texte prévoit-il l'hypothèse où, le juge municipal n'étant plus compétent, l'affaire est, pour ce motif, portée devant un magistrat romain.

II. — Nous supposerons maintenant que la cité figure devant un tribunal étranger.

Devrons-nous, dans ce cas, appliquer un texte célèbre de Gaius, qui prévoit les cas où la représen-

tation en justice est permise sous le régime des actions de la loi ?

« *Quo tempore erant legis actiones in usu fuit alterius nomine agere non licere nisi pro populo aut libertatis causa.* » (G. IV § 82).

MM. Mommsen (*De coll. et sod.*, p. 37) et Houdoy se renferment dans ses termes stricts, et n'en font l'application qu'au peuple romain.

Cette théorie est d'autant plus difficile à admettre qu'en fait elle aboutirait, comme le remarque Mommsen lui-même, à supprimer la personnalité si incontestable cependant des cités. En effet, « on ne peut, dit-il, concevoir une *persona* sans le *commercium*, c'est-à-dire sans le pouvoir d'acquérir ou de s'obliger, pouvoir qui serait vain s'il n'était accompagné du droit de recourir à la *vindicatio* et à la *condictio* » (*De coll. et sod.*, p. 37, cité par M. Houdoy, p. 149).

Il y a lieu de faire une distinction. Pour les colonies, image de Rome et régies par les mêmes règles, nous pensons avec M. Humbert (T. II, p. 61) que l'assimilation est en quelque sorte forcée. Aussi bien que l'état romain, elles sont comprises dans l'expression « *pro populo* » dont se sert Gaius.

Quant aux autres cités, la raison de douter qu'elles aient jamais eu besoin de recourir aux *legis actiones*, c'est que leur personnalité morale ne date que du jour où elles sont devenues *populi fundi*, c'est-à-dire longtemps après l'abrogation de ce mode de procédure par la loi *Æbutia*.

Jusqu'à cette époque les difficultés où elles étaient parties étaient tranchées d'après les règles du droit des gens. (Orelli 3121, 4031).

Devenues personnes morales par l'adoption des lois Romaines, elles purent agir en justice d'après le système formulaire.

Mais ce motif même qui nous fait écarter en ce qui les concerne l'application des actions de la loi, prouve que toutes les institutions qui n'en sont qu'une image leur furent applicables.

Quant à l'étendue des pouvoirs de leurs représentants ils étaient probablement assimilés au *cognitor*, les textes du Digeste qui nous parlent de *procuratores* ont du substituer ce terme à celui de *cognitor* tombé en désuétude (Humbert, Op. cit. T. II. p. 49, 61 et 62).

Quels étaient ces représentants ? Ce furent d'abord les magistrats supérieurs des cités, les *Il virs* en général. La loi de la colonie Julia Genetiva (ch. XCVI) ne prévoit, nous l'avons vu, que ce seul mode de représentation. Plus tard un *actor*, véritable mandataire nommé soit par la curie, soit par les décurions sur l'invitation de celle-ci, était choisi pour représenter la cité lorsqu'elle avait à soutenir un procès, (L. 6 § 1 *Quod cujusc. univ.*)

Cette mission ne tarda pas à devenir permanente et le représentant général de la cité investi d'un véritable *munus* prit le nom de *syndicus*.

Si, comme nous l'avons dit, il paraît vraisemblable que les magistrats représentants des cités aient été

assimilés au *cognitor*, on doit admettre qu'il en fut de même de l'*actor* ou du *syndicus*. Le décret de la curie par lequel il était investi de ses fonctions peut être considéré comme un mandat certain; un texte du Digeste fait même expressément l'assimilation. « *Sed interdum, si de decreto dubitetur, puto interponendam de rato cautionem* » (L. 6 § 3 *Quod cujusc. univ.*) La *cautio de rato* n'est exigée que si la validité du décret qui l'a nommé ne paraît pas suffisamment établie. Le même texte l'assimile au *procurator præsens* « *actor itaque iste procuratoris partibus fungitur et judicati actio ei ex edicto non datur, nisi in rem suam datus sit et constitui ei potest.* »

L'action *judicati* est donc donnée contre la cité ou en sa faveur et elle peut se prévaloir des promesses faites à son représentant.

Nous avons dit dans quel cas exceptionnel la *cautio de rato* pouvait être exigée; aucun texte n'impose au représentant de la cité de fournir la *cautio judicatum solvi*. D'après la loi 10, *Quod cuj. univ.* un *actor* était choisi pour la fournir au nom de celle-ci dans les cas où elle était exigée, conformément au droit commun.

§ 2. — De la représentation des cités en matière contractuelle.

Les cités étaient représentées dans les actes de leur vie civile par les magistrats auxquels était confiée

la gestion de leur patrimoine. L'étendue de leurs pouvoirs fait l'objet d'une vive controverse. Pour M. Houdoy (Op. cit. p. 546),

« Non seulement les fonctionnaires municipaux
« ne représentaient pas en principe les cités dont ils
« administraient les affaires, mais il n'étaient même
« pas leurs mandataires, car les Romains ne pou-
« vaient comprendre que l'on représentât une per-
« sonne civile, ils ne pouvaient admettre qu'une
« *universitas* donnât le mandat nécessaire pour cons-
« tituer un mandataire. Les magistrats n'étaient que
« des *negotiorum gestores* agissant en leur nom per-
« sonnel sauf leur recours contre la cité pour les
« actes d'utile gestion. »

Pour établir cette théorie, M. Houdoy s'appuie surtout sur la loi 27 *De Reb. Cred. D.* qu'il généralise et dont il prétend faire une règle absolue applicable à tous les actes juridiques. Sans le suivre sur ce point particulier, nous préférons pour le moment envisager d'une manière générale la question de principe que nous avons soulevée, réservant pour le moment où nous étudierons chaque acte juridique l'examen des difficultés particulières qu'il peut soulever.

Remarquons tout d'abord, que pour plusieurs catégories d'actes, M. Houdoy est forcé d'apporter à la théorie développée par lui des restrictions qui en compromettent singulièrement le principe.

S'il était vrai que les Romains n'aient pu comprendre que l'on représentât une personne civile,

comment expliquer que le pouvoir d'acquérir la possession appartenait aux administrateurs des cités comme aux tuteurs ou curateurs ? (Accarias, Précis de Droit romain, t. I, p. 700). On pourrait répondre que c'est à titre exceptionnel et conformément au droit commun que le magistrat assimilé au mandataire peut faire des actes de possession. Mais comme le fait remarquer M. Accarias, la dérogation à la règle « *nihil per extraneam personam adquiri* » est, en ce qui le concerne, bien plus profonde qu'à l'égard du mandataire, puisque son *animus* personnel remplace absolument celui de la personne intéressée. Il est donc vrai de dire qu'ici la représentation directe de la cité est incontestable.

Il en est de même pour certains contrats, les contrats de vente ou de bail, ou en général pour les contrats consensuels.

« Ici, dit M. Houdoy (p. 532), il est plus difficile
« de faire abstraction de la cité ; c'est elle qui est
« propriétaire et l'on ne comprendrait guère com-
« ment le magistrat pourrait passer en son pro-
« pre nom de pareils contrats. Le représentant
« de la cité fait bien encore ces actes en qualité
« de *negotiorum gestor*, mais dans cette matière
« des contrats consensuels c'est en réalité la cité,
« le *dominus*, qui est vendeur ou bailleur. Les lois
« municipales avaient réglé avec soin cette matière ;
« elles avaient organisé une série de formalités à
« suivre dont la fidèle observation mettait l'ache-

« teur ou le preneur dans une situation exactement
« semblable à celle qu'il aurait eu s'il avait traité
« avec un particulier. »

Ceci revient à dire que le magistrat n'agit nullement comme *negotiorum gestor*, mais bien comme représentant direct de la cité.

S'il en est ainsi dans les deux cas que nous venons d'examiner, pourquoi la même règle ne serait-elle pas applicable toutes les fois qu'un magistrat agit *publice*, au nom de la cité, sous les conditions requises par la *lex municipii* pour la validité de ses actes ?

Comment, le principe de la représentation étant admis dans certains cas, eût-on adopté dans d'autres hypothèses un système dont l'application fort compliquée n'aurait eu d'autre effet que d'entraver l'administration municipale par la multiplicité des recours qu'il aurait fait naître ? Il est plus naturel d'admettre que le magistrat agissant suivant les cas, avec l'assentiment exprès ou tacite de la curie, puisse acquérir pour la cité et l'engager *solo consensu, re ou verbis*, d'après les exigences du contrat. C'est d'ailleurs ce qui se passait à Rome où, dès la plus haute antiquité, l'état était lié directement par les actes de ses représentants.

Nous espérons montrer que rien dans les textes ne vient contredire cette théorie. Nous citerons en ce sens une loi du jurisconsulte Paul : L. 10, *Quod cujusc. univ.* :

« *Constitui potest actor etiam ad operis novi nuncia-*

« *tionem et ad stipulationes interponendas : veluti lega-*
« *torum, damni infecti, judicatum solvi, quamvis servo*
« *potius civitatis caveri debeat, sed et si actori cautum*
« *fuerit utilis actio administratori rerum civitatis da-*
« *bitur.* »

Ce texte suppose qu'un *actor* peut être constitué au nom de la cité aussi bien pour intenter l'*operis novi nunciatio* ou pour recevoir les stipulations prétoriennes telles que la *cautio legatorum*, les stipulations *damni infecti* ou *judicatum solvi*, que pour un procès. Dans tous ces cas, dit le jurisconsulte, une action *utilis ex stipulatu* appartiendra à l'administrateur des biens de la cité, c'est-à-dire au magistrat, comme représentant direct de celle-ci. Nous voyons ainsi nettement formulée l'opposition faite par les Romains entre le rôle du magistrat et celui de l'*actor*. Ce dernier est un mandataire et agit en cette qualité.

Les actes juridiques pourront donc être accomplis au nom de la cité de deux manières différentes ; soit par le magistrat, *publice*, en créant un lien de droit immédiat entre la cité et la personne qui contracte, soit par un *actor* désigné spécialement à cet effet et qui, ainsi que nous venons de le dire, nous paraît devoir être assimilé entièrement à un mandataire ; M. Houdoy n'admet pas, il est vrai, que les villes aient pu donner un mandat véritable. « Pour qu'il y
« ait mandat, dit-il, (p. 259) il faut l'expression de la
« volonté du mandant ; or une *universitas* n'a pas
« de volonté car elle ne peut consentir. »

Cette théorie conduirait directement à l'incapacité absolue des cités, car tout acte juridique suppose comme facteur essentiel le consentement. Si donc les villes étaient incapables d'exprimer un consentement valable, tous les textes du Digeste qui supposent leur personnalité seraient un véritable non-sens. M. Houdoy cite deux textes : la loi 1 § 2, *De acq. vel omitt. poss.*, et la loi 1 § 1, *De lib. univ.* Ils sont tous deux relatifs à la possession ; nous les retrouverons plus tard, ce qui nous dispense de les étudier quant à présent ; mais pour répondre à l'objection qu'on en déduit, il suffit de dire qu'ils reposent tous deux sur une erreur théorique de certains jurisconsultes supposant le consentement de tous les habitants nécessaire pour que la cité soit réputée consentir.

C'est là, nous le verrons, une véritable erreur de droit résultant d'une confusion entre les habitants « *municipes* » et la commune, corps politique organisé.

Les textes abondent dans le Digeste qui montrent combien peu cette difficulté avait arrêté les jurisconsultes. La loi 1 § 1, *De lib. univ.* elle-même résout l'objection qu'elle soulève : « *movet enim quod consentire non possunt municipes : sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi adquirere.* »

Les lois 14 et 19 *Ad mun.*, 3 pr. *Quod cujusc. univ.*, 160 § 1, *De Reg. Jur.*, au D. consacrent la fiction de droit public d'après laquelle la décision de la majorité du Sénat est l'expression de la volonté de la commune.

Par suite, rien ne nous paraît s'opposer à ce que la

cité consente un mandat comme tout autre contrat. L'*actor* ainsi constitué est directement engagé au même titre qu'un tuteur ou un curateur : des actions utiles sont données    la cité.

D'ailleurs les magistrats eux-mêmes pouvaient dans son intérêt s'obliger personnellement, comme nous le montre Ulpien.

« *In eum qui administrationis tempore creditoribus
« reipublic   novatione facta pecuniam cavit, post depo-
« situm officium actionem denegari non oportet, diversa
« causa est ejus qui solvi constituit. Similis enim videtur
« ei qui publice vendidit aut locavit.* » L. 3    2 *De
adm. rer.*

Il y a novation précisément dans le fait que le magistrat se substitue comme débiteur à la cité. Il en serait différemment, ajoute le jurisconsulte, du magistrat qui « *solvi constituit* ». C'est une erreur, croyons-nous, de supposer comme le fait M. Hondoy, que par ces mots le jurisconsulte entend parler d'un pacte de constitut. C'est là une expression technique qui désigne l'acte d'ordonnancer une dépense, l'ordre de payer adressé au questeur. (Humbert, T. II, p. 77).

C'est là un acte qui ne peut laisser supposer que le magistrat qui l'accomplit ait eu par ce fait l'intention de s'obliger personnellement. Aucune action ne sera donc accordée contre lui *post depositum officium*.

On oppose à cette théorie un texte général ; à ce titre nous devons l'examiner tout d'abord. Il s'a-

git de la loi 35 § 1. *De Obl. et Act.* au D. « *In duum-
« viros et rempublicam etiam post annum actio datur ex
« contractu magistratuum municipalium* ».

D'après cette loi, nous dit-on, du contrat passé par un magistrat municipal découlent, en principe deux actions, l'une contre la cité à raison de son enrichissement, l'autre contre les magistrats à raison même de leur fait personnel. Selon nous, on ne tient pas ainsi un compte suffisant du texte même de la loi précitée : « *In duumviros et rempublicam actio datur ex contractu.* »

C'est donc l'action *ex contractu* qui est donnée contre la cité ce qui revient à dire qu'elle est obligée directement. Quand à celle qui, même après une année, peut être dirigée contre les duumvirs elle s'explique de deux façons : ou bien le jurisconsulte prévoit le cas où le magistrat s'est engagé personnellement en même temps qu'il engageait la cité, ou bien il peut s'agir d'une action dirigée contre le magistrat à raison de fautes engageant sa responsabilité vis-à-vis de la personne qui a contracté avec la cité.

Cette objection de texte écartée, on peut se demander si le système qui représente le magistrat comme un *negotiorum gestor* est en harmonie avec les règles de comptabilité qui existaient à Rome et que les savants travaux de MM. Bouchard et Humbert ont fait récemment connaître.

M. Humbert a nettement établi la distinction fondamentale du droit public Romain entre les fonctions

d'ordonnateur et celles de comptable. Les actes de gestion administrative des magistrats donnaient naissance à des droits de créance ou d'obligation au profit ou à la charge de la cité, liquidés et ordonnancés, ou payés sur la caisse publique par des magistrats différents. C'est donc en un maniement de deniers publics que se résolvent tous ces actes de gestion. Il y a là selon nous une raison décisive de croire que la créance ou l'obligation devait naître au profit de la cité, ou la grever directement. Quelles que soient les difficultés d'explication de certains textes, cette théorie est la seule qui se concilie avec les règles d'une comptabilité régulière.

Dans certains cas nettement déterminés et à titre exceptionnel, une somme fixe pouvait être mise à la disposition de tel ou tel magistrat en vue d'un service public pour l'employer en son nom personnel et à ses risques et périls. C'est ainsi que les édiles recevaient le plus souvent une subvention en vue de donner des jeux. Le déficit, si elle ne suffisait pas, était comblé sur leur fortune personnelle. Les contrats consentis par eux étaient en leur nom ; la cité n'intervenait en aucune façon ; il n'y a donc rien qui déroge au principe général que nous avons posé.

Nous pouvons maintenant nous rendre compte des différences qui existent entre les rôles d'un tuteur ou d'un curateur d'une part, et celui d'un magistrat municipal en tant qu'administrateur des biens de la cité. Il faut d'abord écarter l'hypothèse dans laquelle

le tuteur autorise le pupille ; il n'y a dans ce cas aucune espèce de représentation puisque le pupille agit personnellement.

Si au contraire le tuteur agit comme administrateur sa personnalité apparaît ; il agit en son nom sauf un compte à rendre au pupille, tenu de l'indemniser de tous les actes faits par lui de bonne foi et en bon père de famille alors même qu'ils pourraient lui être dommageables (L. 12 § 1 *De admin. et peric. tut.*). C'est dans une sorte de mandat légal que se trouvent la cause et les limites de l'obligation du tuteur.

En est-il de même du magistrat municipal ? Oui d'après certains auteurs qui assimilent entièrement les deux hypothèses. (En ce sens Doneau ad. leg. 27 *de Reb. cred.*

Ce système, comme nous l'avons dit, n'est pas celui de M. Houdoy, qui ne veut voir dans les actes du représentant de la cité que ceux d'un *negotiorum gestor* n'obligeant la ville que dans la limite de son enrichissement.

Ces deux systèmes doivent être rejetés et la cité, tenue directement par les actes de ses fonctionnaires, doit les accepter, sauf son recours contre eux en cas de faute.

Les conséquences pratiques de cette manière de voir tendent à rapprocher les cités d'un pupille et on s'explique ainsi bien mieux que dans le système opposé que le bénéfice de l'*integrum restitutio* leur ait été commun (D. 22 § 2, *Ex quib. caus.* — C. 4, *Qui-*

bus ex causis. — 3, *De Jur. reip.* — 1, *De off. ej. qui*).

Demandée par les représentants de la cité, elle était accordée par le gouverneur de la province ou son délégué. Elle ne se comprend que pour un acte où la cité elle-même a été partie.

Nous ajouterons que la même théorie est, d'après nous, applicable aux décurions chargés par une délégation spéciale, *munus* ou *cura*, de tel ou tel service administratif. Il faut y voir des délégués des magistrats supérieurs comme l'indique très bien la loi 2, § 1, D. *De op. public.*

« *Curatores operum cum redemptoribus negotium habent, respublica autem cum his quos efficiendo operi præstituit ; quatenus ergo et quis et cui obstrictus est æstimatio præsidis provinciæ est.* »

Le *curator operum* dont il est question est « un simple régisseur chargé de la direction et de la surveillance des opérations qui se faisait délivrer en bloc un mandat par le curateur de la cité, sauf à répartir par état la somme entre les ouvriers ayant droit et sur leur quittance » (1).

Les difficultés qui pouvaient s'élever entre le *curator reipublicæ* et ces agents intermédiaires étaient, d'après le texte qui précède, tranchées par le gouverneur de la province. La cité n'avait pas à intervenir.

(1) Humbert, t. II, p. 83.

CHAPITRE IV

Des actes de la vie civile des cités.

SECTION I. — *De l'acquisition du droit de propriété.*

Parmi les actes juridiques les plus importants de la vie civile figurent tous ceux qui ont pour but le transfert de la propriété ou des autres droits réels, ses démembrements.

En effet, le droit de propriété ou le droit réel contient en lui-même le but à atteindre, alors qu'au contraire le droit de créance ou l'obligation n'est qu'un moyen destiné le plus souvent à procurer à notre profit la constitution d'un droit réel.

Cette remarque générale s'applique peut-être mieux encore aux cités qu'aux particuliers ; ce sont en effet les droits réels existant au profit de la personne morale qui nous ont en quelque sorte révélé son existence.

Nous avons à indiquer maintenant par quels moyens la cité ou plutôt ses représentants pouvaient les acquérir ou les aliéner.

On sait d'ailleurs que le droit de propriété, en particulier, s'acquiert le plus souvent au moyen de

la possession ; dans un premier paragraphe, nous examinerons quelques textes des jurisconsultes faisant aux cités l'application de cette théorie.

§ 1. — *De la possession.*

Pour acquérir la possession il faut être capable de volonté, avoir l'*animus possidendi*.

L'application de cette idée permet-elle aux personnes morales et particulièrement aux cités une véritable possession ?

Pour répondre à cette question il faut, croyons-nous, distinguer avec le jurisconsulte Paul, L. 1 § 22, *De acq. vel am. poss.*), entre les biens du domaine public et ceux du domaine privé. Elle se ramène en effet à celle de savoir quels sont les auteurs des actes de possession exercés sur le domaine de la cité. Pour les biens du domaine public, ce sont les habitants « *municipes* ». D'après la loi citée plus haut on ne doit pas y voir une véritable possession « *non possident sed promiscue utuntur* » nous dit le jurisconsulte.

Pour les biens du domaine privé, les actes de possession sont exercés par les pouvoirs publics de la cité, ou par ses esclaves. Le droit de la cité fut théoriquement combattu par quelques jurisconsultes qui commettaient la confusion déjà signalée entre les habitants de la cité et la commune organisée. Cette objection tirée de ce que le consentement unanime

de ceux-ci ne peut être obtenu, ne tendrait à rien moins qu'à l'incapacité complète des cités. Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner qu'elle n'ait pas triomphé et que l'opinion dominante ait fini par consacrer formellement le droit de possession des cités. (L. 7 § 3 *ad exhib.*).

Elles possèdent soit par leurs représentants libres, soit par leurs esclaves (L. 2, *De acq. vel am. poss.*). En réalité ces deux modes de possession se confondent car l'esclave lui-même est possédé par le représentant libre.

§ 2. — *Des modes d'acquérir la propriété.*

1° *Des modes d'acquisition entre vifs.* — La possession, reconnue aux cités, permet à leurs représentants d'user de tous les procédés du droit civil pour lesquels elle sert de préliminaire à l'acquisition du droit de propriété.

Il en était ainsi de la tradition qui, faite au représentant de la cité conformément au droit commun, emportait transfert direct et immédiat de propriété.

En ce qui concerne les autres procédés de droit civil, il semble bien qu'aucune considération théorique n'ait pu leur en interdire l'usage. Sans qu'on puisse affirmer, à défaut de preuve, l'exercice par les cités de la mancipation la règle formulée par Gaius, II § 95 : « *Per extraneam personam nihil adquiri* » ne

nous paraît pas une raison suffisante de l'exclure.

La question est précisément de savoir si pour cet acte comme pour beaucoup d'autres, le magistrat ne pouvait représenter la cité.

Nous avons vu qu'il en était ainsi en matière d'actions de la loi (Gaius, IV, § 82), dans une théorie où le formalisme Romain était aussi rigoureux que pour le transfert de la propriété.

Le même argument s'applique avec plus de force encore à l'*in jure cessio*... Admises au bénéfice des actions de la loi, les cités pouvaient acquérir au moyen de l'*in jure cessio* qui n'en est qu'une image destinée à réaliser un transport de propriété.

D'ailleurs ces deux modes d'acquisition dont rien n'empêchait l'application théorique aux cités devaient être très peu pratiqués, les autres modes de transmission, la tradition surtout, donnant à leurs administrateurs des moyens suffisants pour gérer leur patrimoine.

2° *Acquisitions à cause de mort*. — Les modes d'acquisitions à cause de mort se divisent en modes d'acquisition à titre universel ou à titre particulier.

Voyons d'abord les premières c'est-à-dire les hérités légitimes ou testamentaires.

On peut être surpris qu'il soit question d'hérités déférées à des personnes morales. Il faut se rappeler qu'à côté des successions proprement dites attribuées à des personnes liées au *de cujus* par des liens de parenté civile ou naturelle le droit civil per-

met au patron de prétendre à la succession de ses affranchis. Par suite, du jour où la faculté d'affranchir leurs esclaves fut reconnue aux cités, elles acquirent sur leurs affranchis citoyens Romains en même temps que les droits de patronage les mêmes droits de succession que les particuliers. D. L. 1 *De lib. univ.* « *Municipibus plenum jus in bonis libertorum, libertarum, defertur ; hoc est id jus, quod etiam patrono* ». (V. aussi au D. L. 2, *De manumissionibus, quæ servis ad universitatem pertinentibus imponuntur*) Si on admet l'hypothèse d'après laquelle avant cette époque la condition des affranchis des cités aurait été celle des *Latins Juniens* les villes n'auraient fait depuis lors que recueillir à titre d'hérédité des biens qu'elles recouvraient auparavant à titre de pécule.

D'autres textes leur reconnaissent le droit de solliciter la *bonorum possessio*, dans les conditions du droit commun. La loi 3 § 4 *De Bon. Poss.* indique qui peut la demander en leur nom :

« *Proinde sive actor eorum nomine admittat, sive quis alius, recte competet bonorum possessio ; sed et si nemo petat, vel agnoverit bonorum possessionem nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem prætoris edicto.* »

Il appartient donc à toute personne intéressée de demander la *bonorum possessio* et même à défaut de quelqu'un qui veuille soutenir les droits de la cité, le préteur peut l'accorder d'office. Le rôle de l'*actor*

qui pouvait être nommé à cet effet consistait probablement à liquider la succession et à faire rentrer les sommes qui en provenaient dans la caisse communale.

Le délai dans lequel elle devait être demandée nous est indiqué par la loi 1 § 2, *De lib. univ.* « *Tem-
« poraque bonorum possessionis petendæ cedere municipi-
« bus exinde ex quo decernere de petenda potuerunt :
« quod et Papinianus respondit* ». Le jurisconsulte Ulpien estime donc qu'on doit prendre pour point de départ le moment où un décret de la curie a pu se prononcer sur la question de savoir s'il y avait lieu de la demander ; il ajoute que c'était aussi l'avis de Papinien. Nous trouvons là une preuve nouvelle du rôle important joué par la curie dans les actes de la vie civile des cités.

Si les cas assez rares dans lesquels une cité peut être appelée à une succession *ab intestat* ne purent se présenter qu'assez tard c'est-à-dire après Marc-Aurèle il n'en était pas de même pour les hérédités testamentaires.

Cependant nous voyons formulée depuis longtemps la règle qui défendait d'instituer héritier des personnes morales. Ulp. XXII § 5. « *Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, ut neque cernere universi, neque pro herede gerere possint ut heredes fiant* ».

Faut-il regarder comme exact le motif donné par Ulpien pour expliquer cette prohibition ?

Est-ce comme personnes incertaines que les municipes ne pouvaient figurer comme instituées dans un testament ? La définition donnée par Ulpien lui-même de la *persona incerta* ne permet pas de l'admettre.

Dans le paragraphe qui précède celui que nous avons cité nous voyons que la personne incertaine est celle dont le testateur ne peut à l'avance se faire une idée nette « *quoniam certum consilium debet esse testantis* ». Or, sans qu'il soit besoin d'insister sur ce point, nous savons que les Romains se faisaient une idée nette de la personne morale, distincte des individus qui en font partie (L. 2, *Quod cujusc. univ.*).

Ce texte nous montre aussi que le second motif donné par Ulpien n'est pas plus admissible que le premier.

Ce n'est pas, en effet, parce que le consentement simultané de tous les habitants du municipe est impossible à obtenir que l'institution de la cité a pu être interdite ; il en est de même pour tous les autres actes juridiques, que cependant la cité peut accomplir par l'intermédiaire de ses magistrats.

On ne comprendrait pas que, sinon pour l'addition d'hérédité, au moins pour la *bonorum possessio*, la représentation n'eût pas été admise, alors que pour des actes solennels tels que les actions de la loi, elle l'était dès la plus haute antiquité.

Faut-il admettre avec Pernice que des considérations politiques aient conduit à ce résultat, la crainte par exemple de donner aux cités un moyen trop fa-

cile d'enrichissement ? Ce sont là des préoccupations qui n'ont pas dû intervenir dans une législation primitive. Elles supposeraient une prohibition venant restreindre la capacité de la cité ; aucun texte législatif ne nous en a conservé le souvenir.

Il semble qu'au contraire les dispositions dont nous allons parler aient élargi en quelque sorte la capacité des cités plutôt qu'effacé des restrictions antérieures. C'est un droit nouveau qu'elles concèdent, ce n'est pas une prohibition qu'elles lèvent.

D'après M. Gide (1) : « Si la loi romaine refuse
« aux personnes juridiques en général le droit de
« recevoir des hérédités, c'est qu'elle avait pour règle de ne leur donner que les droits nécessaires à
« leur existence, ceux-là seulement sans lesquels
« leur personnalité juridique n'eût été qu'un vain
« mot ; or, le droit d'être institué héritier ou de recevoir des legs n'est pas un droit essentiel pour
« les personnes juridiques, c'est un véritable privilège et les jurisconsultes romains en ont toujours
« été avarés. »

Bien qu'il puisse y avoir quelque chose de fondé dans cette observation, il ne nous semble pas que les jurisconsultes romains aient établi cette distinction entre certains droits essentiels à la personne juridique et certains autres qui ne lui auraient été accordés que par faveur.

(1) Gide, *Du droit d'association en matière religieuse*, p. 117.

Sans doute, son existence n'est pas liée au droit pour elle d'acquérir à cause de mort, mais c'est la raison d'être de cette prohibition que l'explication de M. Gide ne nous fournit pas.

On pourrait peut-être la trouver dans la nature, en droit romain, de l'institution d'héritier qui est, comme on le sait, la base même du testament. Les Romains n'ont pu, au début, regarder comme possible l'institution d'une personne morale.

Quelle est, en effet, l'ancienne idée de la succession légitime ou testamentaire? Son but principal est de transmettre l'ensemble des droits et des obligations du défunt, sa personnalité en quelque sorte à son héritier. La personne ou la classe de personnes qui succèdent, ne représentent pas seulement le défunt, mais continuent sa vie civile, son existence légale. Ce qui est transmis du testateur à l'héritier, c'est la famille, c'est-à-dire l'ensemble des droits et des charges contenus dans la *patria potestas* et naissant de celle-ci.

La dévolution des biens n'est qu'une conséquence accessoire du droit du nouveau chef de famille de disposer pour son gouvernement du capital commun.

L'identité de nature entre le défunt et son successeur est une condition nécessaire pour qu'il puisse remplir les devoirs de famille et en exercer les droits. Une personne physique peut seule continuer le culte du mort, accomplir les *sacra*.

Ce motif est général et s'applique à toutes les dis-

positions testamentaires, aussi bien aux dispositions à titre particulier qu'à titre universel. On sait, en effet (Inst. Just., L. XX, § 24), que l'aptitude à figurer dans un testament comme légataire n'est qu'une conséquence de l'aptitude à y figurer comme institué. C'était là la prohibition la plus arbitraire ; ce qui explique comment les legs furent autorisés d'abord, puis les institutions dans certains cas spéciaux, puis enfin toute espèce de dispositions à cause de mort. Ce n'est que fort tard que ce résultat put être atteint après l'affaiblissement et la disparition presque complète des idées primitives exposées plus haut.

Si nous essayons de présenter un aperçu de cette transformation, nous constatons tout d'abord que les fidéicommiss furent vraisemblablement le premier moyen de faire parvenir aux cités les libéralités dont on désirait les gratifier. C'était là la seule voie ouverte aux citoyens désireux de contribuer après leur mort à la prospérité de leur ville natale, et de bonne heure ce sentiment très développé chez les anciens, dut leur en suggérer l'idée.

On sait qu'un sénatus-consulte rendu sous Adrien (Gaius, II, § 285), vint défendre l'usage des fidéicommiss pour éluder les prohibitions de la loi. Selon nous, cette disposition législative n'était pas applicable aux cités. Son texte ne vise que les pérégrins.

L'institution des fidéicommiss continua à être tolérée jusqu'au jour où un sénatus-consulte Apronien,

rendu probablement sous Trajan, vint en reconnaître la validité. A partir de ce moment, les droits de la cité fidéicommissaire furent reconnus légalement et la législation de droit commun, c'est-à-dire les sénatus-consultes Trebellien et Pegasien lui furent applicables (LL. 26 et 27, *Ad Trebell.*).

Qu'il n'y ait pas eu avant le sénatus-consulte Apronien de prohibition formelle, c'est ce que démontre une lettre de Pline (Epist. X, 80). Grevé de restitution envers une cité, il consulte Trajan sur la conduite à tenir.

Une fois les cités assimilées aux particuliers pour les fideicommiss les autres dispositions testamentaires ne tardèrent pas à être permises en leur faveur. Nous avons vu un texte d'Ulpien (I, § 1. *De lib. univ.*), d'après lequel elles étaient appelées à la succession de leurs affranchis. Une conséquence logique fut de permettre à ceux-ci de les instituer (Ulp. Reg. XXII, § 5). Déjà un autre sénatus-consulte rendu sous Nerva, développé par Adrien, avait autorisé en leur faveur les dispositions à titre particulier (Ulp. Reg. XXIV, § 28).

Il est probable, enfin, qu'une capacité pleine et entière accordée d'abord par privilège à certaines cités ne tarda pas à s'étendre à toutes. Ce dernier état de la législation est constatée par une constitution de l'empereur Léon (C. 12, *De hered. inst.*).

Quelques dispositions particulières concernaient les legs faits aux cités.

Les magistrats municipaux devaient en poursuivre le recouvrement (L. 38 § 2, *ad univ.*); s'ils le négligent, leur responsabilité est engagée. Ils reçoivent, *au nom de la cité*, les cautions destinées à la garantir contre l'insolvabilité des héritiers: « *Con-*
« *tra eos qui rempublicam administrantes, per officii*
« *necessitatem, sub conditione relictī fideicommissi satis*
« *accipere debuerunt, quanti reipublicae interest, satis*
« *non esse acceptum dirigendam esse actionem perspi-*
« *citis* » (L. 2 C. *De adm. rer. pub.*). Cette loi est importante en ce qu'elle nous montre des stipulations reçues pour la cité par un magistrat.

Les libéralités faites aux cités l'étaient souvent sous certaines conditions, par exemple *ad ornatum* ou *ad honorem civitatis*. La loi 122 D. *De legatis*, qui fait cette division fournit en même temps de nombreux exemples. (V. aussi D. L. 4, *de adm. rer.*).

La seule particularité intéressante c'est que dans un but d'intérêt public on pouvait déroger à la volonté du testateur (L. 7 *De oper. publicis*. L. 4 *De adm. rer.*). Le but général de ces dispositions restrictives est d'empêcher les testateurs de grever trop lourdement le budget des cités.

En principe les libéralités faites aux cités ne produisaient pas d'intérêts (L. 16 *De Usur.*). Cependant un rescrit d'Antonin semble avoir apporté plus tard des dérogations à cette règle (L. 5 *De Oper. publ.*). Il appartenait au président de la province de fixer le délai à partir duquel des intérêts pouvaient être dus.

SECTION II. — *Des contrats passés au nom des cités.*

Il n'entre pas dans le plan de cette étude d'approfondir la matière des contrats passés par les cités. Ce serait les règles de l'administration municipale toute entière à développer.

Comme nous l'avons fait pour le transfert de la propriété et des autres droits réels, nous essaierons de faire voir dans chaque contrat comment la cité personne morale était liée par les actes de ses représentants, conformément à la théorie générale que nous avons développée.

Contrats réels.

Parmi les contrats réels, il est un certain nombre dont l'usage théoriquement permis aux cités a dû être d'une application fort rare; le commodat ou le prêt à usage par exemple. Si l'hypothèse d'un dépôt fait à un magistrat ou par lui pour le compte de la cité se conçoit mieux ce n'est encore là qu'un cas tout exceptionnel, et qui ne peut donner lieu à aucune observation particulière.

Divers textes mentionnent au contraire spécialement le cas où la ville intervient dans un *mutuum* soit comme débitrice soit comme créancière.

Examinons les deux hypothèses et commençons par la première qui est de beaucoup la plus délicate,

1° La ville est débitrice.

Elle est prévue par la loi 27, *De rebus creditis*, qui précise dans quels cas la cité sera obligée. « *Civitas* « *mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pe-* « *cuniae versæ sunt; alioquin, ipsi soli qui contraxerunt,* « *non civitas tenebuntur.* »

Elle a fait l'objet d'une longue dissertation de Doneau dont nous devons résumer les conclusions. Il distingue suivant que le magistrat a agi avec l'autorisation expresse de la cité représentée par la curie ou sans cette autorisation.

Dans la première hypothèse la cité serait obligée dans tous les cas ; il applique par analogie les textes des jurisconsultes relatifs aux actions *exercitoria* et *institoria*.

Si au contraire, les administrateurs n'ont agi qu'en vertu de leurs pouvoirs généraux la ville n'est tenue qu'autant que le prêt a tourné à son profit.

Pour M. Houdoy, cette loi n'est que l'application de la théorie générale développée par lui. Les administrateurs de la cité ne sont que des gérants d'affaires ; elle ne sera donc tenue qu'autant que la chose a tourné à son profit et dans la mesure de son enrichissement. Les administrateurs seront poursuivis par l'action directe du contrat, l'action *ex mutuo* dans l'espèce, la ville par l'action *de in rem verso*.

Pour nous la loi 27 se concilie parfaitement avec le système que nous avons développé précédemment, et d'après lequel la cité est directement obligée par les actes de ses représentants.

Nous remarquerons tout d'abord qu'elle envisage deux cas bien distincts qui comportent chacun une solution différente. Le premier est celui dans lequel les sommes versées ont profité à la cité, *pecuniæ ad utilitatem ejus versæ sunt* ; dans ce cas, elle est obligée nous dit le jurisconsulte *mutui datio*ne. C'est donc la cité elle-même qui sera poursuivie par l'action *ex mutuo*, contrairement à la théorie de M. Houdoy.

Cette solution ressort d'ailleurs avec évidence de l'opposition que nous voyons formulée dans la seconde partie du texte. Dans ce second cas en effet, c'est-à-dire si la somme prêtée n'a pas tourné au profit de la cité, les magistrats seuls seront obligés, *ipsi soli qui contraxerunt non civitas tenebuntur*, et toujours par la même action c'est-à-dire par l'action *ex mutuo*.

Si maintenant nous cherchons à nous expliquer la raison d'être de la distinction faite par le jurisconsulte, la réponse est facile. Une condition essentielle pour que l'acte du magistrat lie la cité, c'est qu'il agisse au nom de cette dernière et dans son intérêt. Dans les contrats autres que le contrat de *mutuum* il est facile de vérifier soit par les formalités imposées par la *lex coloniae*, soit par l'objet même du contrat si cette condition est remplie.

Pour le *mutuum* au contraire, aucune circonstance intrinsèque ne permet de décider *à priori* si l'argent reçu par le magistrat l'a été par lui dans son intérêt propre ou dans celui de la cité. Pour éviter des abus possibles, la loi décide que le contrat de *mu-*

tuum ne sera formé entre la ville et la personne qui a contracté que lorsque l'argent aura été employé à son profit, que la somme aura par exemple été placée en son nom ou même simplement versée dans la caisse publique. A partir de ce moment, la responsabilité du tiers sera seulement dégagée, la ville n'étant en réalité obligée par la remise de la chose qu'à partir de ce moment.

Cette loi, interprétée suivant le sens naturel de ses termes, n'est donc que l'expression légale de l'intention du magistrat.

Ce sera au créancier à prouver que l'argent a tourné au profit de la cité ; mais cette preuve ne sera pas difficile, il lui suffira d'établir que la somme qui a été versée à la caisse publique est ainsi devenue *pecunia publica*.

D'après un texte de Marcien (D. L. 10, *De pignori et hypothecis*), un droit de gage ou d'hypothèque peut être consenti sur des biens appartenant à la cité par le magistrat qui a reçu un prêt en son nom. Ce texte vient encore à l'appui de notre manière de voir ; on comprendrait difficilement qu'un objet dont la propriété appartient à la cité pût être grevé d'un droit réel pour garantir une dette personnelle au magistrat.

2° La ville est créancière.

Cette hypothèse, d'une application plus fréquente, ne soulève guère de difficultés.

Le *mutuum* était en effet un des moyens employés

par les administrateurs des cités pour tirer parti des capitaux dont elles disposaient.

Cet acte, l'un des plus importants de la gestion de leur patrimoine, confié d'abord aux Ilvirs, l'avait été plus tard à un fonctionnaire spécial, le *curator pecuniæ publicæ*, *curator kalendarii*, ou *peculii reipublicæ*.

Nous pensons avec M. Humbert (*Op. cit.*, II. p. 71 et suiv.) que ce magistrat n'était qu'un délégué du *curator reipublicæ*, agissant dans les mêmes conditions que lui, c'est-à-dire comme représentant direct de la cité, mais n'ayant en aucune façon le maniement des deniers communaux. L'administration se morcelle à cette époque en une infinité de fonctions, en même temps qu'une hiérarchie savante les relie toutes au pouvoir central.

Nous avons déjà parlé du contrôle exercé par le gouverneur de la province en matière financière. Lui seul pouvait ordonner aux magistrats municipaux de poursuivre le recouvrement de la créance communale si les droits de la ville paraissaient compromis. Ulpien (D. L. 33, *De usuris*) trace la ligne de conduite qu'il doit suivre, intermédiaire entre la négligence et la dureté.

D'ailleurs la cité était en général garantie par des sûretés réelles. La loi 33, § 1, *de usuris*, en fait une règle absolue : « *Præterea prospicere debet præses pro-
« vinciæ ne pecuniæ publicæ credantur sine pignoribus
« idoneis, vel hypothecis.* »

Une dérogation importante au droit commun con-

siste en ce que les intérêts couraient au profit des cités en vertu d'un simple pacte (D. 4. 30, *De usuris*). « *Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditorum ab eis pecuniarum.* »

Le mot *etiam* indique que rien ne s'opposait à ce qu'ils fissent l'objet d'une stipulation. Ce n'était qu'une faveur dont les magistrats pouvaient user ou ne pas user.

Contrats consensuels.

De la vente. — Les biens des cités étaient-ils aliénables ? C'est là une question préjudicielle sur laquelle paraît exister une divergence entre la législation primitive de la fin de la République et celle de l'époque classique.

Le chapitre LXXII de la loi genétivaine semble limiter à une période de cinq ans le droit de disposition de la cité par bail ou autrement.

« *Qui agri, quæque silvæ quæque ædificia colonis coloniae Genetivæ Juliae quibus publice utantur, data ad tributa erunt, ne quis eos agros, neve eas silvas vendito, neve locato, longius quam in quinquennium.... quique iis rebus fructus erit quot se emisse dicat, is in iuga singula, inque annos singulos HS. C. colonis coloniae Genetivæ Juliae dare damnas esto, ejusque pecunie cui volet petitio persecutioque ex hac lege esto.* »

M. Giraud voit dans ce texte une règle concernant tous les *agri assignati* de la colonie, la propriété pri-

vée au même titre que la propriété publique. Avec M. Garsonnet, nous pensons qu'il n'est applicable qu'aux biens communaux proprement dits. Le texte même de la loi « *quibus publice utantur* » nous semble le démontrer.

Mais, en ce qui concerne le domaine public de la colonie, faut-il y voir une règle générale des concessions agraires à l'époque de César ?

Il est probable, en effet, que le domaine public des cités a commencé par être inaliénable. Il pouvait seulement temporairement et pour une période de cinq ans être mis à la disposition des habitants du municipale ou de la colonie.

Ce délai de cinq ans tenait à la durée des pouvoirs des *IIviri quinquennales* investis des mêmes fonctions que les censeurs à Rome. Le census revenait périodiquement au bout de chaque lustre.

Dès le second siècle de l'ère chrétienne, ces dispositions tendent à disparaître ; la modicité de l'amende était une sanction probablement insuffisante. Les terres des cités sont à cette époque données à bail perpétuel ; plus tard les textes des jurisconsultes de l'époque classique contiennent des dispositions relatives à leur aliénation applicables d'ailleurs aussi bien aux immeubles qu'aux meubles.

C'est ainsi que la loi 21 § 7 *ad mun.* écarte, en ce qui les concerne, l'application des dispositions concernant les biens du fisc au sujet des surenchères (*adjectiones*) ; elle renvoie aux dispositions particu-

lières que peut contenir à ce sujet *la lex civitatis*.

Pour le transport effectif de propriété il n'y a aucune raison, ainsi que nous l'avons vu, de ne pas reconnaître aux administrateurs des cités le droit d'user des procédés habituels du droit civil.

La cité était assez garantie contre les abus qui auraient pu résulter du pouvoir absolu de ses magistrats par le contrôle de la curie et plus tard du gouverneur en matière financière. Les aliénations à titre gratuit se trouvaient prohibées de fait puisque la curie n'avait pas le droit de les autoriser.

Au Bas-Empire, une constitution de l'empereur Léon introduisit d'autres formalités énumérées par la loi 3 C. *De vend. reb. civit.* On exigea le concours dans la délibération de la curie d'un certain nombre de personnalités influentes de la cité, les *honorati* et les *possessores*. C'est une formalité tout-à-fait analogue à ce qu'était dans notre droit municipal moderne l'adjonction des plus imposés, antérieurement à la loi du 5 avril 1882.

Comme les biens des particuliers, les biens des cités pouvaient être saisis et vendus par leurs créanciers. L. 1 § 2, *Quod cuj. univ.* : « *Quod si nemo eos*
« *defendat, quod eorum commune erit, possideri : et si*
« *admoniti non excitentur ad defensionem venire se jus-*
« *surum proconsul ait.* »

Des biens incorporels tels que les actions appartenant aux cités pouvaient aussi être cédés aux créanciers pour les désintéresser. L. 8 *eod. tit.*

De même que les ventes, les achats intervenaient dans l'administration de la cité.

Un premier cas d'application est celui de l'achat des denrées alimentaires destinées à être revendues à bas prix aux particuliers. Un texte (L. 2 § 6, D. *De adm. rer*) prévoit cette hypothèse qui a donné lieu à de vives controverses : « *Grani æstimationem* »
« *per injuriam post emptionem ablati, quæ rationibus* »
« *publicis refertur, curator reipublicæ domino restitui* »
« *jubeat.* »

Le blé acheté par un particulier à la cité lui a été enlevé par violence et sans sa faute. Dans ces conditions, nous dit ce texte, le curateur devra lui en payer la valeur. Cette disposition paraît toute naturelle, si avec MM. Humbert et Houdoy on l'envisage comme une décision administrative et non comme une espèce de droit civil. C'est une faveur accordée à un citoyen par la commune responsable jusqu'à un certain point de sa sécurité.

Du louage. — Ce contrat qui fournissait aux villes un moyen d'utiliser leurs immeubles pour en tirer un revenu était pratiqué de deux façons. En général le mode de location le plus usité était le louage perpétuel. Les champs ainsi donnés à titre de bail prenaient le nom d'*agri vectigales*. L'*ager vectigalis* est ordinairement un champ cultivé, mais il existe aussi des *ædes vectigales* (D. 15 § 26, *de damn. infect.*).

Ce qui caractérise ce contrat c'est le paiement d'une sorte de *merces* perpétuelle désignée sous le

nom de vectigal, et la concession au preneur d'un droit *jus in agro vectigali* assez semblable au droit de propriété.

Aussi Gaius nous donne-t-il comme exemple d'une controverse classique la question de savoir si ce contrat doit être assimilé à une vente ou à un louage (III, § 145). Il ajoute que généralement on y voyait un louage : « *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis queri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit ; quod evenit in prædiis municipum quæ ea lege locantur ut quamdiu id vectigal præstetur, neque ipsi conductori neque heredi ejus prædium auferatur ; sed magis placuit locationem conductionemque esse.* »

Un texte du Digeste, la loi 9 § 4 *Loc. Cond.* est en harmonie avec cette dernière solution. D'après cette loi, le preneur d'un fonds vectigalien peut, comme tout autre *conductor*, demander une réduction du vectigal, dans le cas d'une mauvaise récolte.

Elle n'est pas contredite par la loi 2 § 13, D. *de adm. rer.*, invoquée par M. Houdoy (p. 417).

« *Sed si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitrato in solvenda pensione cujusque anni pacto comprehensum est : explorata lege conductionis, fides bona sequenda est.* »

Il n'y a dans ce texte qu'un conseil donné à l'arbitre nommé conformément aux dispositions de la

lex conductionis pour estimer quel devra être le montant de la réduction. Il devra se référer aux termes mêmes du contrat et à l'équité. On remarquera aussi que la loi est générale et ne vise pas spécialement l'hypothèse d'un bail à long terme.

Conformément au principe admis par les juriconsultes les risques restent à la charge de la cité qui conserve le *dominium ex jure quiritium*. Elle peut demander à rentrer en possession si le vectigal cesse d'être payé (*Gaius* III § 145. — D. 1 *pr. Si ager vectig.*), mais seulement au bout de deux ans (54 § 1, 56 *Loc. Cond.*)

Le droit du preneur se rapproche beaucoup d'un droit de propriété.

Il peut l'aliéner (L. 1 *Si ag. vectig.*), l'hypothéquer (16 § 2 *De pign. act.*), le grever d'usufruit (L. 1. *pr. Quibus modis usuf.*), le réclamer par la Publicienne (12 § 2 *De Publ. in rem.* — 1 § 1 *Si ag. vectig.*), en demander le partage ou le bornage (10 *Fam. ercisc.* — 4 § 9 *Fin. Reg.*); enfin il a aussi le droit aux interdicts, au moins à l'interdit spécial *de loco publico fruendo*.

Si la *cautio damni infecti* est refusée par le preneur d'un fonds vectigalien le décret qui envoie en possession le demandeur le substitue dans tous ses droits (15 § 26 *De Domn. inf.*).

Si au contraire c'est à la cité que la caution est demandée, le décret qui envoie en possession sur son refus de la fournir permettra d'arriver à la propriété par la *præscriptio longi temporis*.

On sait que le bail à long terme devint sous Zénon un contrat particulier qui prit le nom d'emphytéose. Il n'était d'ailleurs en aucune façon particulier aux cités ; nous n'en parlerons donc pas. Nous nous contenterons de renvoyer aux nombreux travaux faits sur ce sujet, notamment à l'ouvrage de notre savant professeur M. Garsonnet (Histoire des locations perpétuelles).

D'autres baux, régis par le droit commun pouvaient être consentis par les cités. Ils étaient généralement faits pour une période de cinq ans. (L 1 *si ager vect. De adm. rer.*)

La loi 30 § 1, *Loc. Cond.* nous fournit un exemple d'un bail consenti par un magistrat municipal, un édile dans l'espèce, au nom de la cité, et dans lequel elle joue le rôle de preneur. Ce cas devait se présenter rarement.

Plusieurs textes interdisent aux décurions de prendre à ferme les biens des cités soit directement soit par personnes interposées L. 2 § 1 *De adm rer.* L. 4 *de decur.*

C'est là une disposition contenue aussi dans la *lex col. Gen. Jul.* chap. 93.

« *Quicumque IIvir. post coloniam deductam factus*
« *creatusve erit quive præfectus ab IIviro e lege hujus*
« *coloniæ relictus erit, is de loco publico, neve pro loco*
« *publico, neve ab redemptore mancipe prædeve donum*
« *munus mercedem aliudve quid capito neve accipito*
« *neve facito quo quid ex ea re at se suorumve quem*

« *perveniat. Qui adversus ea fecerit is sestertium XX mil-*
« *lia colonis coloniae Genetivae Juliae dure damnas esto*
« *ejusque pecuniae qui volet petitio persecutioque esto. »*

Les baux étaient souvent concédés par adjudication et aux enchères. Le procédé était surtout appliqué aux *pascua*, ou *saltus* communaux. L'adjudicataire touchait un droit tarifé, *scriptura*, sur les personnes qui y menaient paître leurs troupeaux (C. Th. VII, 7. 3 *De Pascuis*).

Les cités louaient encore de la même manière leurs étangs, lacs ou carrières. Il en était de même des bains publics (C. I. L. IX, 5144), ou des prises d'eau aux aqueducs ou réservoirs communaux. (*Dè cond. agr. Hyg.* p. 120 — D. 39 § 5 *De legat. et fideicom.*)

Le *solarium* dont parle ce dernier texte n'est autre chose que le prix de la location d'un droit de place pour l'occupation temporaire ou non d'un terrain communal.

A côté des *locationes rei* dont nous venons de parler, un contrat très usité était celui du marché de travaux publics, véritable *locatio operis*, où l'entrepreneur *redemptor* jouait le rôle de preneur. Un cahier des charges publié à l'avance précisait les conditions de la location.

L'entreprise était adjugée au rabais (*infirmis pretiis*). Le prix était payé en partie après la réalisation des suretés promises à la cité (*prædes*, *prædia* ou *cognitores prædium*) (1), en partie après exécution et véri-

(1) V. sur ce sujet les dispositions de la loi de Malaga ch. LXIII, LXIV, et LXV.

fication des travaux par les magistrats qui les avaient ordonnés. Les renseignements nous sont fournis par la *lex Puteolana parieti faciundo* qui n'est autre chose que le cahier des charges d'un marché de ce genre (C. I. L. 1, 577) (Humbert, *op. cit.* I p. 41).

D'ailleurs l'autonomie des cités en matière de travaux publics fut de tout temps restreinte. Quelquefois des fonds du trésor étaient consacrés à des travaux d'intérêt général ; mais même pour ceux faits à leurs frais, elles avaient besoin de l'autorisation du sénat romain. (Humbert *pass. cité*).

Des contrats Verbis.

Nous n'avons pas à parler du *jusjurandum liberti*. On peut admettre qu'il ait été applicable aux affranchis des cités ; il est même vraisemblable qu'un semblable serment fait à ses représentants pouvait engager l'affranchi vis-à-vis de la cité. Les magistrats auraient eu le droit d'user dans l'intérêt de celle-ci des *operæ* ainsi consentis. Ce n'est là qu'une hypothèse et à notre connaissance aucun texte ne vient l'appuyer.

Sans insister davantage nous arrivons au contrat de stipulation.

M. Humbert (*Op. cit.* T. II, p. 88) estime que dans ce contrat comme dans ceux que nous avons précédemment examinés la cité pouvait être représentée par ses magistrats.

Tout en adoptant cette manière de voir, nous croyons

que de telles stipulations devaient être très rares à cause des nombreux procédés qui permettaient aux villes d'être représentées sans que les magistrats eussent personnellement à intervenir.

Celui qui était le plus usité consistait à faire stipuler un des esclaves de la cité. Celle-ci acquérait ainsi directement un droit de créance et pouvait être obligée *in solidum* par l'action *quod jussu*. (D. L. 3 *De stipulatione servorum*).

On pouvait aussi faire stipuler par un *actor* (D. L. 12 *Ut in possess*). Nous avons déjà dit que pour nous l'*actor* était un véritable mandataire agissant en son nom personnel sauf compte à rendre à la cité. A l'époque des juriconsultes cependant, des actions utiles résultaient de ses actes, au profit ou à l'encontre de la cité (L. 10 *quod cujus c. univ.*).

Nous trouvons une application de ce procédé dans la loi 11 § 1 *Dé usuris*.

« *Gaius Seius qui rempublicam gerebat fœneravit pecuniam publicam sub usuris solitis : fuit autem consuetudo ut intra certa tempora non inlatis usuris graviores infligerentur ; quidam debitores cessaverunt in solvendis usuris quidam plus intulerunt et sic effectum est ut omne quod usurarum nomine competebat etiam pro his qui cessaverunt in usuris suppleatur ; quæsitum est an illud quod amplius ex consuetudine pænæ nomine a quibusdam exactum est, ipsi Seio profiterè deberet, an reipublicæ lucro cederet. Respondi, si Gaius Seius a debitoribus usuras stipulatus esset eas solas*

« *reipublicæ præstari oportere quæ secundum formam
« ab his exigî solent, etiamsi omnia nomina idonea sint.* »

Gaius Seius ne peut être un magistrat comme le pense M. Houdoy (p. 136). Nous avons vu, en effet, que les intérêts couraient au profit des cités en vertu d'un simple pacte consenti avec leurs administrateurs. Dans le texte qui précède, les intérêts ont été stipulés, ce qui eût été inutile si Gaius Seius eut été le *curator reipublicæ*. L'ensemble des textes démontre d'ailleurs que cette appellation générale n'a jamais désigné un fonctionnaire. On doit donc admettre que Gaius Seius n'est qu'un gérant chargé à un titre quelconque de la gestion d'une partie de la *pecunia publica*, avec mission de la placer à ses risques et périls et d'en rendre compte. La décision de la loi est, dans ces conditions, facile à expliquer. Gaius Seius doit à la cité la somme qu'il a reçue et les intérêts d'usage, en vertu du mandat qui lui a été confié. La cité n'intervient pas dans l'exécution des conventions passées entre lui et les tiers pour l'accomplissement de ce mandat.

La fin du même texte L. 11, § 1, dans le cas d'une mission analogue confiée à un esclave, donne la même solution. L'esclave sera considéré comme un mandataire, non comme le représentant direct de la cité.

Du contrat litteris, des contrats innomés et des quasi-contrats.

Les magistrats des cités tenaient des livres sem-

blables à ceux du père de famille (*Codex accepti et depensi*) sur lesquels étaient inscrits les recettes et les dépenses journalières. Une inscription nous a conservé le *commentarium quotidianum* du municipe de Cœcre (Orelli, 6828). Il n'y a aucune raison de douter que des obligations littérales (*nomina transcriptitia*) n'aient pu résulter des mentions effectuées par les questeurs, sur l'ordre des magistrats. Mais cette cause d'obligation est, comme on le sait, tombée rapidement en désuétude. C'est à peine si les recueils législatifs de Justinien en font mention ; aussi, n'y a-t-il pas lieu d'y insister davantage.

A côté des contrats proprement dits, de certains faits juridiques, le préteur avait fait naître pour les villes comme pour les particuliers des obligations ou des droits de créance.

Dans la loi 5 § 7 et 8 (*De pec. const.*), nous trouvons l'exemple d'un pacte de constitut consenti par l'*actor municipalis*. Il en résulte, nous dit le jurisconsulte, une action utile au profit de la cité: «*Si actori municipum..., ita constituatur, municipibus solvi..., utilitatis gratia, puto dandam municipibus..., utilem actionem.*»

La loi 12 C. *De trans.* contient des dispositions particulières à une transaction consentie par les administrateurs des cités. Elle sera soumise à l'approbation du gouverneur de la province. Celui-ci la validera si elle est sérieuse, l'annulera au contraire si elle dissimule une libéralité au préjudice de la cité (*an ambitiose remissum sit*).

Une ville pouvait encore être obligée *quasi ex contractu* : les actions *familiae erciscundae* ou *finium regundorum* qui sont la sanction d'obligations de cette nature sont formellement données entre elles et des tiers. L. 9, *Quod cujus e. univ.* au D. « *Si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiae erciscundae judicium inter vos redditur. Idemque dicendum est in finium regundorum et aquae pluviae arcendae judicio.* »

A l'inverse, un tiers peut se trouver obligé, *quasi ex contractu*, vis-à-vis d'une cité (D. L. 8 § 1. *De neg. gest.*). Il en est de même du magistrat d'un municipe qui emploie dans son intérêt personnel l'argent de la cité. Il sera tenu de le restituer avec les intérêts au taux légal le plus élevé (L. 38. *De neg. gestis*).

Des délits et quasi-délits.

Les faits illicites peuvent être pour les cités la cause d'une créance ou d'une obligation.

D'un délit commis envers la cité naissent à son profit les mêmes actions civiles qu'au profit d'un particulier.

Le vol de deniers municipaux était un délit d'une nature particulièrement grave, régi comme tel par des dispositions spéciales.

Commis par un magistrat, une constitution des empereurs Arcadius et Honorius le punit de mort (L. 1, C. *De crim. pec.*). Autrement, il est assimilé au péculat, poursuivi par un *crimen* en vertu de la loi Julia (L. 4, § 7, *ad leg. Jul.*).

M. Houdoy (p. 146) indique, avec les interprètes anciens, comment ce texte peut se concilier avec la loi 81, *De furtis* au D., qui semble le contredire : « *Ob pecuniam civitati subtractam, actione furti, non crimine peculatus, tenetur.* » On peut y lire avec Alciat : « *Actione furti nec non crimine peculatus* », ou avec Bynkershoek : « *Peculatus non actione furti.* »

Nous n'avons pas à insister davantage sur ce point ; les actions nées au profit de la cité seront exercées par le *syndicus* de la même manière que les actions contractuelles.

Mais une seconde question bien plus délicate est celle de savoir dans quels cas une cité peut être tenue *ex delicto*.

Il y a d'abord quelques hypothèses qui ne soulèvent pas de difficultés. Il est certain que dans tous les cas où la responsabilité n'est qu'une conséquence du droit de propriété, la ville sera obligée. Conformément au droit commun, elle pourra se libérer par l'abandon noxal soit de l'esclave, soit de la chose qui aura causé le dommage.

Mais nous avons à nous demander si la ville peut être obligée à raison du fait de ses habitants ou de ses représentants.

Remarquons qu'il ne peut être question de délits publics. Le principe de la personnalité des délits est posé par la loi 22, *C. de pœnis* ; les Romains avaient compris l'impossibilité de toute poursuite criminelle contre une personne morale.

La seule hypothèse que nous ayons à examiner, est donc celle d'un délit privé. Quelques textes du Digeste donnent pour certains délits des solutions particulières qui nous permettront d'en déduire une théorie générale.

C'est d'abord la loi 9, § 1, D., *Quod met. causa*, elle nous dit que l'action *quod metus causa* est donnée *in rem*, quel que soit l'auteur de la violence :
« *Sive singularis sit persona quæ metum intalit, vel po-*
« *pulus, vel curia, vel collegium vel corpus : huic edicto*
« *locus erit.* »

Le § 3 de la même loi précise la pensée du jurisconsulte dans une espèce où la ville avait profité de l'acte (*cautio pollicitationis*) arraché par la pression de ses habitants : « *Sive actione vellet adversus Cam-*
« *panos experiri, esse propositam, sive exceptione ad-*
« *versus petentes non deesse exceptionem.* »

La violence exercée par les habitants permet donc à la partie lésée d'user soit d'une exception pour repousser l'attaque dirigée contre elle, soit d'une action pour obtenir réparation du préjudice causé.

La loi 4 (*De vi et de vi armata* au D.) est encore plus claire : « *Si vi me dejecerit quis nomine municipi-*
« *pum, in municipes mihi interdictum reddendum Pom-*
« *ponius scribit, si quid ad eos pervenit.* »

La doctrine qui, d'après nous, résulte de ces textes, c'est que dans tous les cas où un délit a été commis au nom de la cité, l'action *ex delicto* est don-

née contre celle-ci, mais seulement dans la mesure de son enrichissement.

C'est là ce que confirme le texte le plus clair sur la matière, la loi 15, § 1, de *dolo malo*. « *Sed, an in*
« *municipes de dolo detur actio dubitatur? Et puto, ex*
« *suo quidem dolo non posse dari. Quid enim municipes*
« *dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex*
« *dolo eorum, qui reseorum administrant : puto dan-*
« *dam. De dolo autem decurionum, in ipsos decuriones*
« *dabitur de dolo actio.* »

Pas plus dans cette hypothèse que dans les précédentes le délit ne peut être commis par la cité (*quid enim municipes dolo facere possunt?*) Mais elle peut profiter d'un délit commis en son nom ; dans ce cas l'action pénale est donnée contre elle dans la mesure de son profit ; ce sera dans notre espèce une action *in factum*. (Accarias, T. II, p. 1059).

Comment le magistrat qui oblige directement la cité par ses contrats, ne l'oblige-t-il pas par ses délits ? C'est qu'un tel résultat ne peut se produire que lorsque le magistrat agit en cette qualité, dans les limites de sa mission : l'acte délictueux lui est interdit par sa nature même. Les mêmes principes s'appliquent au tuteur et au *procurator* ainsi que cela résulte de la loi 15 *in pr.* et § 2 : « *Item si quid ex*
« *dolo procuratoris ad dominum pervenit datur in domi-*
« *num de dolo actio, in quantum ad eum pervenit : nam*
« *procurator ex dolo suo procul dubio tenetur.* »

Des Pollicitations.

Nous avons jusqu'ici laissé de côté un mode d'obligation tout spécial aux villes, nous voulons parler des pollicitations. Ulpien la définit *offerentis solius promissum* (L. 3, *De Pollicitationibus* D.). Faite aux magistrats de la cité, elle fait naître au profit de celle-ci un droit de créance, sous certaines conditions. A cette situation les textes assimilent l'hypothèse d'un vœu qui lie son auteur envers la divinité représentée par tel ou tel collège de prêtres (L. 2 *in pr.*, *De Poll.*).

Un titre tout entier du Digeste est consacré aux pollicitations. Si les juriconsultes ont étudié ce genre de promesses avec soin, cela tient à leur importance qui nous est révélée par les monuments épigraphiques. Ils montrent que les nombreux travaux accomplis par les cités l'ont été le plus souvent au moyen de souscriptions volontaires de cette nature. Aussi, pour en avoir une idée très complète il suffira de résumer les solutions indiquées au titre *De Pollicitationibus*.

Dans quels cas la pollicitation est-elle obligatoire? Les juriconsultes font une distinction suivant que la promesse a reçu ou non un commencement d'exécution.

Si elle n'a pas reçu un commencement d'exécution elle doit avoir un motif légitime, *justa causa*. Les tex-

tes nous fournissent des exemples : au premier rang figure l'obtention d'une fonction publique, pour soi-même ou pour un tiers (L. 14, *De Poll*). Vers la fin de l'empire on chercha, au contraire, un moyen de se soustraire par une pollicitation à des honneurs devenus de lourdes charges. Mais une constitution d'Antonin décide qu'on doit plutôt exiger l'acceptation de l'honneur que l'ouvrage promis (L. 12).

Outre ce motif, le plus fréquent de tous, les textes nous indiquent d'autres causes légitimes, un accident arrivé à la cité, un incendie, un tremblement de terre.

En somme ce que les jurisconsultes semblent exiger, c'est que la promesse ne soit pas un pur caprice mais qu'elle soit déterminée par un motif sérieux.

Mais ainsi que nous l'avons dit, un commencement d'exécution suffit pour obliger le promettant sans qu'on ait à vérifier la cause de sa promesse. Sur la question de fait de savoir quand il y aura commencement d'exécution la loi 1 § 3 nous donne des exemples très clairs : *Cæpisse sic accipimus, si fundamenta fecit vel locum purgavit. Sed et si locus illi perenti destinatus est magis est ut cæpisse videatur. Item si apparatus, sine impensum in publico posuit* ».

D'après le § 4 il n'est pas nécessaire que le commencement d'exécution soit le fait même du promettant.

D'autres textes indiquent un certain nombre de règles générales. D'après la loi 13 *in pr.* le promet-

tant peut être contraint à l'exécution même de l'ouvrage promis plutôt qu'à en fournir la valeur en argent.

Quant aux conditions mises par le donateur à ses libéralités elle ne devront être observées que si elles ne sont pas contraires à l'intérêt public ; sinon elles seront, comme dans les testaments, réputées non écrites (L. 13 § 1. — L. 10 *De Poll.*).

Les obligations nées d'une pollicitation passent à l'héritier du défunt (L. 14). Cependant une constitution de Trajan permet aux descendants directs de se libérer par l'abandon du dixième. Une constitution d'Antonin le Pieux avait étendu cette faveur au promettant lui-même que des revers de fortune auraient mis dans l'impuissance de remplir sa promesse (L. 14 et 15).

Nous ajouterons enfin que les difficultés soulevées par les pollicitations donnaient lieu à une *cognitio extra ordinem* (L. 8).

DROIT FRANÇAIS

DES ACTIONS EXERCÉES

PAR OU CONTRE LES COMMUNES

PRÉLIMINAIRE

La commune moderne est restée telle que l'ont créée les lois de la Révolution ; elle ne ressemble guère au municipe ancien ou à la commune du moyen-âge ; le seul trait qui leur soit absolument commun, c'est leur caractère de personne morale.

Nous n'essaierons pas, comme nous l'avons fait pour les cités romaines, d'en étudier toutes les conséquences ; un pareil travail excéderait de beaucoup nos forces ; nous nous bornerons à l'examen de l'une des plus importantes, nous voulons parler du droit pour la commune d'ester en justice.

Nous n'examinerons pas dans quels cas une action appartient aux communes. Ce serait faire la théorie générale de leurs droits et de leurs obligations. Ce n'est pas non plus d'une étude de procédure que nous voulons nous occuper. Nous ne passerons donc pas en revue les actes ordinaires d'exercice des actions pour examiner quelles conséquences

résultent de la nature de la personnalité qui les accomplit ; ce qui fera le sujet de notre travail ce sont les conditions générales auxquelles est subordonné pour les communes le droit d'ester en justice, leur but et leurs conséquences.

Mais une première question se pose d'elle-même. Quelle est la raison d'être d'une procédure particulière, de formalités spéciales pour l'exercice des actions communales ?

On sait que la commune est une personne morale, c'est-à-dire un être fictif, une simple collection d'intérêts qui ne peut agir que par l'intermédiaire de représentants. Il a donc fallu lui donner une représentation dont on a déterminé les droits et les obligations. Nous aurons donc à étudier en premier lieu dans quelles conditions les organes destinés à représenter la commune, c'est-à-dire le maire et le conseil municipal, s'acquittent du mandat qui leur est confié pour l'exercice des actions en justice.

Mais à ces mesures, dont la nécessité s'impose pour toutes les personnes morales, viennent pour les communes s'en ajouter d'autres, dans un but de protection émanée de l'État. La commune n'est pas seulement une personne juridique analogue aux autres personnes morales qui ne représentent que des intérêts patrimoniaux ; c'est aussi une association politique, fraction intégrante de l'État et placée sous sa protection.

L'État intervient dans ses affaires à un double

point de vue : dans son propre intérêt, pour éviter que des mesures inconsidérées prises par les pouvoirs locaux ne viennent compromettre le lien de l'unité nationale ; à la fois dans son intérêt et dans celui de la commune, pour protéger la fortune des générations futures contre la génération présente.

C'est là ce qu'on a appelé la tutelle administrative. Sans examiner pour le moment si cette expression est juste, nous avons à nous demander si cette intervention de l'État dans les affaires communales est légitime, et plus spécialement quelle est sa raison d'être pour l'exercice par les communes des actions en justice.

Elle est contestée par les partisans de l'autonomie communale. Ils veulent donner aux communes « le caractère de corps politiques indépendants, « leur accordant par surcroît le droit de gérer « leurs biens en toute indépendance » (Exposé des motifs du projet de loi présenté par M. de Lanessan, relatif à l'organisation municipale) (1).

Sans pouvoir entrer dans les développements suffisants pour la réfutation de cette théorie, il nous suffira de montrer en quelques mots qu'elle part d'un principe faux.

Si on donne aux communes le caractère de corps politiques indépendants comment le pouvoir central fera-t-il respecter les lois générales ? Et si, au

(1) *J. off.*, Doc. parl., mars 1883, Annexe, n° 1678, p. 409.

contraire, on accorde à ce dernier les moyens de faire exécuter ses volontés que devient la prétendue autonomie dont on parle ?

La logique même force les autonomistes à enlever d'une main ce qu'ils accordent de l'autre ; le seul résultat de leur tentative serait de constituer dans certains cas un pouvoir assez fort pour entrer en lutte avec la volonté nationale, d'organiser ainsi l'anarchie sans que l'indépendance réelle des communes y gagne quoi que ce soit.

Nous croyons qu'il est plus sage de réserver à l'État toutes les fonctions qui ne peuvent lui être enlevées sans compromettre l'unité nationale, de lui laisser son droit de contrôle sur toutes les questions d'intérêt général en donnant à ses agents les moyens de le faire respecter. Dans ces conditions, la liberté communale devient une question de mesure qui doit être tranchée pour chaque objet particulier en conciliant les principes du *self-government* avec la mission de l'État.

Est-ce à dire que « dépourvues de tout caractère politique, les communes ne soient dans la législation actuelle que des propriétaires mineures, tenues en tutelle par le pouvoir central. »

Il suffit de jeter les yeux sur la loi d'organisation municipale du 5 avril 1884 pour voir que rien n'y justifie cette assimilation de la commune à un mineur. Ce ne sont pas les mesures de protection dans un but d'intérêt général qu'on peut qualifier de me-

sures de tutelle ; le but de la tutelle est de suppléer à l'incapacité présumée du mineur : les dispositions dont nous avons parlé ne présument en rien l'incapacité des communes ; elles s'exercent dans l'intérêt unique de l'État.

D'autres mesures de protection interviennent, avons-nous dit, dans l'intérêt des générations futures. Est-il vrai de dire que l'État joue, dans ce cas, le rôle de tuteur vis-à-vis de la commune ? Bien que l'assimilation soit ici plus naturelle, la situation est encore toute différente : Le tuteur intervient dans l'intérêt du mineur supposé incapable de gérer ses intérêts ; l'État, dans l'intérêt de la commune pour la protéger contre ses représentants actuels. Il tire de sa nature même le droit et le devoir de veiller à la conservation du patrimoine communal. La cause de l'intervention est donc absolument différente ; dans le premier cas c'est l'incapacité présumée du mineur ; dans le second, c'est la nature de la représentation de la personnalité de la commune qui rendent nécessaires des mesures de protection.

L'expression de tutelle administrative n'est donc justifiée à aucun des deux points de vue qui se réunissent et se complètent pour expliquer l'intervention de l'État. Mieux que nous ne pouvons le faire, notre savant professeur M. Ducrocq, à son cours, a montré les dangers qu'elle peut faire courir à l'institution qu'elle désigne.

C'était bien là la pensée de l'Assemblée Constituante lorsqu'elle a fondé le régime municipal moderne. Nous citerons seulement quelques lignes de l'instruction relative à la formation des nouvelles municipalités (14 décembre 1789).

« La Constitution les soumet seulement dans
« cette partie (dans l'exercice des fonctions propres
« au pouvoir municipal) à la surveillance et à l'ins-
« pection des corps administratifs, *parce qu'il im-*
« *porte à la grande communauté nationale que toutes*
« *les communautés particulières qui en sont les éléments*
« *soient bien administrées.* »

On ne peut mieux préciser le but et la raison d'être de ce qu'on a appelé la tutelle administrative.

Pour les actes de la vie civile de la commune le second point de vue que nous avons indiqué explique et justifie l'intervention de l'Etat. C'est pour protéger le patrimoine communal contre les frais de procès trop nombreux qu'il soumet à certaines conditions l'exercice des actions en justice; c'est dans le double intérêt de l'Etat et de la commune, tous deux intéressés à sa sauvegarde.

Nous verrons plus loin par quels moyens l'Etat arrive à remplir sa mission; mais ce qu'il était important de mettre en lumière c'est la nécessité et la légitimité d'une intervention.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE DE LA COMMUNE

CHAPITRE I

EXERCICE DE L'ACTION PAR LA COMMUNE

SECTION I. — *Historique.*

Plusieurs éléments ont contribué à la formation du régime municipal de l'époque féodale.

D'une part, et surtout au midi de la Loire, les anciennes municipalités Romaines subsistèrent mais transformées par les institutions chrétiennes. L'élection populaire du défenseur et de l'évêque vint accroître leur influence au détriment de celle des anciens fonctionnaires de la cité. C'est en quelque sorte un souffle nouveau de vie municipale à travers la décadence de ces institutions.

Il se produisit en même temps une sorte de désagrégation dans la constitution territoriale des cités. Nous avons vu que les municipes étaient des centres importants comprenant, outre la cité propre-

ment dite, diverses agglomérations moins importantes *vici*, *pagi*, etc. Ce sont ces localités qui devinrent indépendantes et formèrent des centres nouveaux.

L'invasion barbare modifia peu cet état de choses ; après s'être approprié une fraction des biens communaux, les conquérants se contentèrent de substituer leurs fonctionnaires à ceux des municipalités Romaines.

Sous les successeurs de Charlemagne, les communes tombèrent sous la domination des seigneurs. Les officiers municipaux disparurent ou devinrent leurs représentants.

Les villes les plus importantes résistèrent mieux contre l'envahissement de la féodalité ; des coutumes écrites vinrent y préciser la part des habitants dans la gestion des intérêts communs (V. Raynouard, Histoire du droit municipal en France. — Dalloz, v° Commune).

Le mouvement d'émancipation communale du XII^e siècle ne fit que confirmer sur ce point les droits séculaires des villes ; un passage de M. Augustin Thierry montre avec beaucoup de précision le caractère de la révolution communale :

« Les deux grandes formes de constitution municipale, la commune proprement dite et la cité régies par des consuls eurent également pour principe l'insurrection plus ou moins violente, plus ou moins contenue, et pour but l'égalité des droits

« et la réhabilitation du travail. Par l'une et par
« l'autre, l'existence urbaine fut non seulement
« restaurée mais renouvelée; les villes acquirent la
« garantie d'un double état de liberté; elles devin-
« rent personnes juridiques selon l'ancien droit ci-
« vil et personnes juridiques selon le droit féodal;
« c'est-à-dire qu'elles n'eurent pas simplement la
« faculté de gérer les intérêts de voisinage, celle de
« posséder et d'aliéner, mais qu'elles obtinrent de
« droit dans l'enceinte de leurs murailles la souve-
« raineté que les seigneurs exerçaient sur leurs do-
« maines » (Essai sur l'histoire du Tiers-État, p. 31).

C'est plutôt sur le côté politique de la vie communale que les chartes des XII^e et XIII^e siècles nous donnent quelques renseignements; elles en contiennent fort peu en ce qui touche l'administration intérieure.

Ce fait ne peut d'ailleurs nous étonner; c'est l'acquisition de droits politiques assurant leur sécurité que poursuivaient les bourgeois; c'était là les seuls droits que les seigneurs leur contestaient et par suite les seuls qu'ils aient eu intérêt à faire constater par une reconnaissance solennelle.

Dans presque toutes les chartes nous trouvons consacré le droit d'élection des officiers municipaux par les habitants (maire, jurés ou échevins). Quelquefois cependant le maire était l'homme du seigneur.

Lors de la rédaction des coutumes, les droits des

villes furent recueillis et constatés par plusieurs d'entre elles.

Ce qu'il y a de remarquable c'est que beaucoup s'appliquent aussi bien aux paroisses, villages et simples communautés d'habitants qu'aux villes proprement dites.

M. Raynouard (Chap. XI) cite, entre autres, celle du pays de Labourd :

« Les paroissiens de chacune paroisse d'icelui
« pays de Labourd peuvent, entre eux, s'assembler
« pour traiter de leurs besognes communes, et de
« leur paroisse, à chacune fois que besoin sera, et
« peuvent ordonner entre eux statuts et ordonnances
« particulières pour entretenir et garder leurs
« bocages, pâturages. »

Et celle de la vicomté de Sole :

« Ils peuvent s'assembler pour traiter de leurs
« affaires communes et de celles de leurs paroisses,
« villages, toutes les fois qu'il est nécessaire et ils
« peuvent faire entre eux des statuts, des ordon-
« nances particulières. »

Ce que nous avons vu jusqu'ici, ce sont plutôt des traités entre les habitants et le pouvoir central que de véritables lois. Mais déjà la royauté s'était sentie assez forte pour faire des ordonnances générales réglant pour toute l'étendue du domaine royal l'organisation municipale.

La plus ancienne est celle de 1256 rendue par

St-Louis ; elle fixe un jour uniforme pour l'élection de tous les maires du royaume.

Une ordonnance de 1536 publiée par François I charge les agents du roi de présider aux élections municipales; une autre de 1547 sous Henri II les déclare inéligibles aux fonctions de « prévosts, maieurs, eschevins ou autres estats de ville. »

Plusieurs ordonnances de 1560, de 1576, 1629 sont relatives aux élections des officiers municipaux. — C'est seulement l'édit d'avril 1683 qui contient un essai de réglementation générale des procès des villes et communautés d'habitants.

Jusqu'à cet édit, la règle que nous avons vue appliquée à Rome pour l'exercice des actions en justice s'était perpétuée. Elles étaient confiées à des syndics agissant au nom de la communauté et désignés par l'assemblée des habitants. Ce n'était pas d'ailleurs leur seul mode d'exercice, puisque l'édit prévoit le cas où elles pourront être intentées par les maires, échevins, jurats ou consuls aussi bien que par des syndics. Sur la nature des fonctions de ces officiers, il nous reste peu de renseignements. Ils étaient évidemment les mandataires des habitants, avec un pouvoir à peu près absolu sur les biens de la commune.

Nous devons examiner avec soin les dispositions de l'édit. Elles sont de deux sortes ; les unes concernent le mode de représentation des communes ; les autres, que nous étudierons plus loin, appliquent

les premières mesures de tutelle prises par l'autorité royale.

Sur le premier point, l'édit consacre le système du gouvernement direct. Il « fait défense aux maires, « échevins, syndics, jurats et consuls des villes et « communautés d'habitants d'intenter aucune action, ni de commencer aucun procès tant en « cause principale que d'appel sans en avoir auparavant obtenu le consentement des habitants dans « une assemblée générale. »

Les officiers municipaux ne font qu'exécuter les décisions de l'assemblée. Le régime représentatif n'existe pas encore pour la délibération ; il est déjà en germe dans l'organisation politique du pays : les états-généraux dans l'État, les états provinciaux dans certaines provinces assistent le roi ou le gouverneur ; l'assemblée générale des habitants joue le même rôle dans la cité vis-à-vis des échevins, consuls ou syndics.

Diverses ordonnances au XVIII^e siècle passent, suivant les besoins financiers du moment, du système de l'élection à celui de la vénalité des charges municipales ; aucune n'apporte de modification essentielle au mode de représentation de l'édit de 1683.

C'est la grande loi d'organisation municipale du 14 décembre 1789 qui a jeté les bases du régime actuel. La diversité précédente des institutions fait place à un régime municipal uniforme ; aux privilèges qui formaient une sorte de hiérarchie entre les

diverses agglomérations telles que villes, bourgs, hameaux, paroisses, vient se substituer l'égalité pour les 43000 communes créées ou reconnues par la loi.

Cette uniformité a été, il est vrai, l'objet de critiques ; M. Vivien dans son rapport sur les lois d'organisation municipale (Moniteur du 1^{er} mai 1836), M. Leroy Beaulieu (Essai sur l'administration locale en France et en Angleterre) trouvent illogique un système qui soumet au même régime administratif des communes de 18 habitants tels que celles de Bressoncourt, La Génévroye, etc. (1) ou des villes comme Marseille et Lyon. L'égalité communale, comme l'égalité civile, est cependant entrée dans les mœurs du pays : le remède aux abus qui se sont produits, indiqué par M. Ducrocq, consiste dans la suppression progressive des petites communes.

Une seconde innovation de la loi du 14 décembre 1789 fait disparaître le gouvernement direct dans l'administration des communes. Des précautions sont même prises pour prévenir les usurpations des assemblées primaires. Le régime représentatif devient la base du gouvernement local comme du gouvernement politique.

La délibération appartient au Conseil général de la commune ; l'initiative à l'administration muni-

(1) Citées par M. Ducrocq. Etudes sur la loi municipale.—Statistique des petites communes en France et en Italie.

pale qui peut retenir la délibération sur les procès à soutenir dans lesquels le fonds du droit n'est pas engagé (art. 54). C'est le procureur général de la commune qui est chargé de suivre les actions ; c'est d'ailleurs à cette unique fonction que semble se réduire le rôle assez effacé de ce magistrat.

Les communes créées par la loi précédente étaient trop nombreuses. Un grand nombre d'entre elles n'avaient pas de ressources suffisantes pour qu'une bonne administration y fût possible. Ces défauts ne tardèrent pas à apparaître surtout avec les charges écrasantes que les troubles de la Révolution firent peser sur les municipalités. (V. Du Châtellier, Des administrations collectives). C'est pour y remédier que la constitution de l'an III imagina le système des municipalités de canton.

L'acte constitutionnel du 5 fructidor an III distingue trois classes de communes ; de moins de cinq mille habitants, de cinq mille à cent mille et de plus de cent mille.

Celles de la première catégorie sont administrées par les municipalités de canton. Aux termes de l'art. 19 de la loi du 21 fructidor an III elles héritent des attributions des anciens corps municipaux de chaque commune. Les petites municipalités sont pour ainsi dire détruites. Leur personnalité subsiste cependant encore, mais il n'y a plus de corps délibérant. La véritable division administrative devient le canton.

La Constitution contenait une lacune en ne désignant pas l'autorité chargée de suivre les actions. Elle fut comblée par la loi du 29 vendémiaire an V, qui confia cette mission aux agents municipaux de chaque commune et à leur défaut aux adjoints qui devaient, pour chaque affaire, prendre l'avis de l'administration municipale.

Dans les communes de plus de cinq mille habitants et de moins de cent mille à qui la Constitution avait donné une administration distincte, la même loi (art. 2) attribuait le droit de suivre les actions à l'officier municipal choisi par elle à cet effet.

Enfin, dans celles composées de plusieurs administrations municipales (au-dessus de cent mille habitants) la loi du 24 brumaire an V attribuait au bureau central le droit de désigner un membre pour suivre les actions qui les intéressaient collectivement.

Nous arrivons à la loi du 28 pluviôse an VIII qui est aujourd'hui le fondement de notre organisation administrative. Le système des municipalités de canton est abandonné et fait place à une administration distincte dans chaque commune.

L'article 15 donne au Conseil municipal le pouvoir de délibérer sur les procès à intenter ou à soutenir pour la conservation des droits communs. Au maire sont dévolues les fonctions de l'agent municipal et par suite le droit de suivre les actions. Il semble y avoir peu de différence entre cette législa-

tion et celles qui l'ont précédée. Un pas immense a cependant été fait dans la voie de la centralisation par la suppression du régime électif.

Non seulement les agents directs du pouvoir chargés de procurer l'action administrative tels que les préfets, sont nommés par le gouvernement ; mais la même règle s'applique aussi aux représentants des intérêts locaux, aux membres des conseils généraux et conseils municipaux. Un sénatus-consulte de thermidor an X donnait, il est vrai, aux assemblées électorales le droit de présenter deux candidats à raison de chaque place vacante. Mais un décret de 1806 décide que la présentation de candidats n'aurait plus lieu qu'autant que le préfet n'aurait pas pourvu préalablement aux vacances.

Nous n'avons pas à apprécier ce système au point de vue de l'action administrative, mais il est difficile de l'admettre en ce qui touche la gestion des intérêts communaux.

D'après la définition donnée par l'article 2 de la loi du 10 juin 1793, la commune est une société de citoyens unis par des relations locales. La loi ne la crée pas ; elle ne fait que la reconnaître. C'est par suite un droit pour les habitants de diriger l'administration de la fortune commune. La mission de l'Etat en cette matière doit se réduire à un rôle de surveillance et de contrôle. C'est ce principe qu'a méconnu le premier empire et plus encore la Res-

tauration en supprimant les traces d'élection conservées par les décrets du régime précédent.

C'est d'ailleurs le vice principal de ce régime qui a le plus contribué à prolonger sa durée. On ne saurait, en effet, méconnaître la force apportée à l'administration par le concours de ces agents nombreux répandus sur tout le territoire sans qu'aucun obstacle pût venir entraver leur action.

C'est en vain que l'opposition libérale réclama avec insistance une modification à un état de choses condamné par tous les publicistes, c'est à la seconde Restauration que revient l'honneur d'avoir inscrit cette réforme en tête de son programme de gouvernement.

L'art. 69 de la charte constitutionnelle du 14 août 1830 portait : « Il sera pourvu successivement par
« des lois séparées et dans le plus court délai
« possible aux objets qui suivent : 7° des institutions départementales et municipales fondées sur
« un système électif. »

Les lois des 21 mars 1831 et 18 juillet 1837 vinrent réaliser cette promesse en donnant à un conseil élu sous le régime censitaire et à un maire nommé par le pouvoir dans le sein de ce conseil le droit de représenter la commune dans les divers actes de sa vie civile.

On trouve dans le rapport sur les lois d'organisation de l'administration locale (1) les motifs qui

(1) *Moniteur* des 2 et 3 janvier 1831.

firent admettre pour ces élections le régime censitaire ; on craignit qu'elles ne se missent en opposition avec la représentation politique du pays et que le suffrage direct ne leur assure une influence dangereuse pour les élus du suffrage restreint.

Quoi qu'il en soit, la représentation véritable des intérêts communaux était assurée par ces lois ; le droit d'initiative, ou mieux l'indépendance pour ne pas faire, suivant l'heureuse expression de M. Ducrocq (à son cours), leur était reconnue, sauf dans des cas rares, limitativement déterminés ; et pour quelques affaires n'engageant que dans une mesure restreinte la fortune communale leurs décisions étaient souveraines.

La loi du 3 juillet 1848 confirmée par la constitution du 4 novembre de la même année, vint substituer le suffrage universel au régime censitaire.

Tous les intéressés eurent une part égale dans l'administration des affaires de la commune : la représentation ainsi nommée fut véritablement celle de la commune et non plus celle d'une petite oligarchie comme sous les lois de la Restauration.

Dans les petites communes et dans les villes au-dessous de six mille habitants, le maire, chargé d'agir au nom de la commune, était nommé par le conseil municipal. Ce n'est qu'au dessus de ce chiffre que la loi faisait prédominer dans le mode de nomination du maire son caractère de fonctionnaire public, agent du gouvernement.

Les lois qui se sont succédé depuis cette époque malgré des modifications relatives soit à l'électorat municipal, soit à la nomination des maires et adjoints, n'ont pas porté atteinte aux principes consacrés par la Révolution de 1848. On peut maintenant considérer comme acquis aux communes le droit d'être représentées dans la gestion de leur patrimoine par un conseil librement élu au suffrage universel. C'est seulement une loi du 28 mars 1882 qui a accordé d'une manière uniforme à ces conseils le droit de choisir dans leur sein l'agent chargé de l'exécution.

La loi du 5 avril 1884 est venu d'une part confirmer les résultats acquis ; d'autre part les développer, en augmentant l'indépendance des fonctionnaires électifs de la commune vis à vis du pouvoir central, en accentuant la prédominance du conseil municipal sur le maire, simple exécuter de ses décisions.

Nous remarquerons d'abord que l'art. 61 semble attribuer au conseil municipal seul le règlement de toutes les affaires communales.

« Le conseil municipal règle par ses délibérations
« les affaires de la commune. »

La loi du 18 juillet 1837 limitait à quatre cas le pouvoir de règlement des conseils municipaux ; neuf autres cas y avaient été ajoutés par la loi du 24 juillet 1867. Le principe de la nouvelle législation est donc l'opposé de celui de la législation antérieure.

Autrefois c'était la subordination du conseil municipal à l'administration centrale, préfet ou ministre ; c'est maintenant l'indépendance absolue, sauf les exceptions limitativement écrites dans la loi.

Bien que les actions en justice ne figurent pas au nombre des affaires exceptées, le Chapitre II du Titre IV de la loi les soumet à une réglementation que nous aurons à étudier plus loin. Il nous suffit de constater pour le moment que, sous cette législation comme sous celle qui l'a précédée, le conseil municipal, quoique le véritable représentant de la commune, ne jouit pas d'une indépendance complète.

S'il appartient au conseil municipal de prendre des décisions au nom de la personnalité civile de la commune, c'est au maire qu'incombe le droit et le devoir de les faire exécuter.

La loi de 1867, en laissant le dernier mot à l'administration préfectorale au cas de désaccord entre le maire et le conseil municipal, semblait reconnaître au premier le droit de diriger en quelque sorte les décisions du conseil.

La loi de 1884 a voulu le ramener au rôle de simple exécuteur en donnant dans plusieurs circonstances, contrairement à la loi de 1837, le premier rang au conseil municipal.

Il suffit pour s'en rendre compte de comparer les articles 1 des lois du 21 mars 1831 et du 5 avril 1884 :

(Art. 1, L. 21 mars 1831) : « Le corps municipal

« de chaque commune se compose *du maire, de ses adjoints et des conseillers municipaux.* »

(Art. 1, L. 5 avril 1884 : « Le corps municipal de chaque commune se compose *du conseil municipal, du maire, et d'un ou de plusieurs adjoints.* »

Et les articles 10 L. de 1837 et 90 L. de 1884 :

(Art. 10, L. 1837) : « Le maire est chargé *sous la surveillance de l'administration supérieure, etc.* »

(Art. 90, L. 1884) : « Le maire est chargé *sous le contrôle du conseil municipal et la surveillance de l'administration supérieure.* »

Nous ajouterons que dans la pratique, le maire étant choisi par les électeurs parmi les habitants les plus éclairés aura nécessairement une grande influence sur les membres de son conseil ; mais cette influence sera toute morale et il n'a aucun moyen légal de faire prévaloir son avis contre celui de la majorité.

Après cet exposé rapide du mode de représentation de la commune en justice aux diverses époques de notre histoire nous allons étudier en détail, dans deux sections distinctes, le rôle de ses représentants le conseil municipal et le maire, dans la législation actuelle.

SECTION II. — *Rôle du conseil municipal.*

Les actions en justice intentées ou soutenues par

les communes sont l'un des principaux actes de leur vie civile. Défendre leur patrimoine contre les attaques est pour elles d'autant plus nécessaire qu'elles sont plus exposées qu'un particulier à le voir usurpé. On sait qu'il comprend un certain nombre de biens désignés en général sous le nom de communaux et dont la jouissance en nature est abandonnée aux habitants. Il est facile de transformer en actes de propriété de simples jouissances, et des procès nombreux surtout en ce qui concerne le domaine forestier ont montré que les communes ne sauraient apporter trop de vigilance à sa sauvegarde.

Il a donc fallu charger une représentation du soin de défendre les intérêts de la commune, de parler et d'agir en son nom. Cette représentation était tout indiquée. Il n'y avait aucune raison pour scinder la gestion des intérêts patrimoniaux de celle des intérêts administratifs de la commune. C'est donc au corps municipal que ces deux missions ont été confiées. Ce sera le conseil qui délibérera sur les actions à intenter ou à soutenir comme sur les questions d'administration communale (art. 19, § 10 et 20, L. 1837 ; 61, L. 1884). La loi consacre ici la prohibition du gouvernement direct qui était celui de l'édit de 1683 et qui existe encore dans quelques localités suisses ou allemandes (1).

Possible à la rigueur dans des localités peu im-

(1) V. sur ses résultats, Bulletin de la société de législation, 1882, II, p. 286, cité par M. Ducrocq, à son cours.

portantes, ce dernier système n'est pas en harmonie avec nos mœurs actuelles. M. de Marcère dans son rapport sur les projets de loi d'organisation municipale qui ont abouti à la loi de 1884 le considère comme « devant être sûrement dénué des qualités de science, de sagesse, de prévoyance nécessaires pour que la France continue à remplir son devoir et à rester digne d'elle. »

La loi de 1837 dans ses articles 19 § 10 et 20, semblait assimiler les délibérations du conseil relatives aux actions en justice, aux délibérations exécutoires seulement après approbation de l'autorité supérieure.

C'était là une inexactitude puisque le titre V de la loi par une réglementation spéciale sauvegardait pleinement son droit d'intervention ; une décision du conseil d'État du 23 juillet 1875 rendue en ce sens décide que le Préfet ne peut annuler une délibération par laquelle le conseil sollicite l'autorisation de plaider. Il en était de même avant la loi de 1837 (*C. d'état, 23 déc. 1835, Commune de Grandvillers*). Un incident, lors de la rédaction de la loi de 1884, consacre cette jurisprudence.

L'art. 68 indiquait comme devant être approuvées par l'autorité supérieure... § 4 « les actions judiciaires et les transactions ». Un député, M. Lorois, fit observer qu'il y avait double emploi avec les formalités du chapitre II du titre IV et les mots, les ac-

tions judiciaires, disparurent de la rédaction définitive. (Séance du 13 février 1883).

La délibération du conseil est donc définitive, non soumise à approbation.

Son rôle se borne d'ailleurs à délibérer ; l'exercice de l'action collectivement ou par délégation lui est interdit. Il parle au nom de la commune ; le maire seul est chargé d'agir. (C. d'Etat, 20 avril 1840, conseillers municipaux d'Autreville) (1).

A quelles conditions cette délibération va-t-elle permettre au maire d'engager valablement l'instance ?

Il faudra qu'elle soit régulière, c'est-à-dire qu'elle ne soit dans aucun des cas de nullité ou d'annulabilité prévus par les articles 63 et 64 de la loi de 1884.

Les articles 63 et 65 sont relatifs aux nullités de droit.

Art. 63 : « *Sont nulles de plein droit :*

« 1° *Les délibérations d'un conseil municipal portant*
« *sur un objet étranger à ses attributions ou prises hors*
« *de sa réunion légale. »*

Ce paragraphe peut être considéré comme un cas particulier du suivant :

« 2° *Les délibérations prises en violation d'une loi ou*
« *d'un règlement d'administration publique. »*

L'art. 65 donne le régime de la nullité de droit.

(1) L'arrêt cité rejette le pourvoi formé par les conseillers municipaux de la commune d'Autreville malgré un désistement considéré comme non valable.

Art. 63 : « *La nullité de droit est déclarée par le préfet en conseil de Préfecture. Elle peut être prononcée par le préfet et proposée ou opposée par les parties intéressées à toute époque.* »

Nous croyons qu'il y aurait lieu d'appliquer ici la théorie des nullités substantielles ; on laisserait ainsi au préfet un certain pouvoir d'appréciation des formalités dont la violation serait susceptible d'entraîner la nullité. (Contrà, Dalloz, C. adm. annotés).

L'art. 64, analogue à l'art. 21 de la loi du 5 mai 1855, vise les cas plus fréquents d'annulabilité.

Art. 64. « *Sont annulables les délibérations auxquelles les auraient pris part des membres du conseil intéressés soit en leur nom personnel, soit comme mandataires à l'affaire qui en a fait l'objet.* »

Art. 21. « *Les membres du conseil municipal ne peuvent prendre part aux délibérations relatives aux affaires dans lesquelles ils ont un intérêt soit en leur nom personnel, soit comme mandataire.* »

Que faut-il entendre par les mots « *personnellement intéressés* » ? Le but de la loi est d'éviter que l'intérêt du conseiller municipal puisse peser sur sa décision au préjudice de la commune. L'intérêt en jeu devra donc être assez important pour pouvoir influencer sur sa décision. Il y aura là une question de fait examinée et tranchée par le préfet sur chaque espèce particulière sans qu'on puisse poser de règles générales (1).

(1) Circulaire du ministre de l'Intérieur, 15 mai 1884 sur la loi municipale. — (C. d'Etat 25 juin 1875, D. P. 76, 3, 19).

Un cas qui ne peut soulever de contestation c'est celui où le procès s'agiterait entre un conseiller municipal et la commune. Il en serait ainsi quel que soit l'intérêt en jeu, alors même qu'il ne s'agirait pas d'un intérêt pécuniaire, par exemple dans le cas d'un procès relatif au nom de la commune usurpé par un conseiller municipal.

Aussi, la décision du ministère de l'Intérieur du 13 avril 1877 (Dalloz, C. adm., V^e commune n^o 732) nous semble aller trop loin en décidant d'une manière absolue que la loi n'a entendu parler que d'un intérêt pécuniaire.

Il faut que l'intérêt soit spécial au conseiller municipal. Nous regarderons comme applicables au cas d'un procès les décisions suivantes intervenues au sujet d'affaires intéressant au même titre tous les habitants ou même une catégorie d'habitants.

C'est ainsi que l'intérêt n'a pas été jugé suffisant en ce qui concerne :

Un actionnaire d'une compagnie industrielle (Déc. Min. Intér. 28 sept. 1868. D. *loc. cit.*, 733).

Un propriétaire voisin d'un chemin vicinal au sujet duquel est prise la délibération (Cons. d'Etat, 18 juillet 1884).

Il en serait de même de l'intérêt résultant de la qualité de parent de la personne qui a contracté avec la commune (Cons. d'Etat, 27 juin 1884).

Une décision du Conseil d'Etat semble, il est vrai, considérer la qualité de gendre d'un acquéreur

comme suffisante pour entacher la validité d'une aliénation. Mais il faut remarquer que dans l'espèce le conseiller municipal joignait à cette qualité celle de mandataire de la partie intéressée. Il avait donc un intérêt personnel visé expressément par l'art. 64 (1).

Dans tous ces cas les décisions que nous venons de citer peuvent être généralisées et sont applicables quelle que soit la nature de l'affaire, contrat ou procès.

Quelle est la portée de la règle posée par l'article 64 ? Il résulte de son texte que les conseillers intéressés peuvent siéger, mais en évitant de prendre part à la délibération. Un arrêt du Conseil d'Etat du 25 avril 1868 (D. P. 71. 3. 86) limite dans une juste mesure ce que cette règle pourrait avoir de trop absolu. Il décide que le fait de donner des explications ne constitue pas une violation de la loi. Dans l'espèce, il s'agissait d'un travail fait par un architecte pour le compte de la commune.

Plusieurs conseillers municipaux peuvent se trouver intéressés au procès. Il est possible que, par suite de leur abstention, le Conseil ne soit plus en nombre pour délibérer. Un arrêt du Conseil d'Etat du 11 janvier 1866 (D. P. 66. 3. 71) déclarait inapplicable à cette hypothèse l'article 56 de la loi de 1837, ana-

(1). « Attendu qu'il résulte de l'instruction que le sieur Legoupils, « qui, tant en son nom personnel comme mari de la fille unique de « la veuve Falize que comme mandataire et se portant fort pour sa « belle-mère, etc. (Rejet). » (C. d'Etat, 13 nov. 1874, D. P. 75, 3. 73).

logue à l'article 130 de la loi de 1884 (1). Rien n'indique que le législateur ait voulu modifier cette jurisprudence. La délibération sera donc valable quel que soit le nombre des membres du Conseil. Si tous étaient intéressés, on ne voit pas d'autre solution possible que de le dissoudre.

L'art. 66 (2) indique les conditions dans lesquelles l'annulation de la délibération pourra être prononcée par le préfet. Il n'y a rien de particulier à celles qui concernent les actions en justice. Nous aurons à voir ultérieurement comment la commune ou ses adversaires pourraient se prévaloir soit de la nullité de droit, soit de l'annulation prononcée

(1) Art. 130. Lorsque le Conseil municipal se trouve réduit à moins du tiers de ses membres, par suite de l'abstention prescrite par l'article 64 des conseillers municipaux qui sont intéressés à la jouissance des biens et droits revendiqués par une section, le préfet convoque les électeurs de la commune, déduction faite de ceux qui habitent ou sont propriétaires sur le territoire de la section, à l'effet d'élire ceux d'entre eux qui doivent prendre part aux délibérations au lieu et place des conseillers municipaux obligés de s'abstenir.

(2) Art. 66. « L'annulation est prononcée par le préfet en conseil
« de préfecture.

« Elle peut être provoquée d'office par le préfet dans un délai de 30
« jours à partir du dépôt du procès-verbal de la délibération à la sous-
« préfecture ou à la préfecture. Elle peut aussi être demandée par
« toute personne intéressée et par tout contribuable de la commune.
« Dans ce dernier cas la demande en annulation doit être déposée, à
« peine de déchéance, à la préfecture ou à la sous-préfecture *dans un*
« *délai de quinze jours à partir de l'affichage à la porte de la mairie.*
« Il en est donné récépissé. Le préfet statuera dans le délai d'un mois.
« Passé le délai de quinze jours, sans qu'aucune demande ait été
« produite, le préfet peut déclarer qu'il ne s'oppose pas à la délibéra-
« tion. »

Art. 67. « Le conseil municipal et en dehors du conseil toute par-
« tie intéressée peut se pourvoir contre l'arrêté du préfet devant le
« Conseil d'Etat. Le pourvoi est introduit et jugé dans les formes du
« recours pour excès de pouvoirs. »

par le préfet. Nous ferons observer dès maintenant que, dans ce dernier cas, le délai accordé pour la demande est extrêmement court. Il pourra donc arriver que la délibération du conseil devienne inattaquable sans que personne ait eu le temps d'en solliciter l'annulation. Malgré une observation de M. Clément, en ce sens, dans la séance du sénat du 8 février 1884 (*J. off.* du 9), ce qui motiva le renvoi de l'article à la commission, il n'en a pas été tenu compte, et il fut voté sans modification dans la séance du 9.

SECTION III. — *Rôle du maire.*

Le maire est chargé, sous le contrôle du conseil municipal et la surveillance de l'administration supérieure de représenter la commune en justice soit en demandant, soit en défendant. (art. 90 § 8, L. 1884).

Nous trouvons dans cet article l'application des principes généraux qui dominent l'ensemble de la législation municipale.

L'action est séparée de la délibération. Elle ne l'est pas toutefois d'une façon absolue ; le maire a toujours pu prendre part aux délibérations du conseil. La loi reconnaît même la légitimité de son influence puisqu'elle lui accorde voix prépondérante en cas de partage.

Elle est confiée à un agent unique. C'est là une

règle toujours appliquée aux actions en justice. Même les lois de l'époque révolutionnaire qui confiaient à un bureau composé de plusieurs membres le droit d'agir, avaient compris les inconvénients dans l'espèce d'une action collective, les difficultés que soulèveraient le règlement des attributions de chacun des membres chargés de l'action.

Enfin, le maire n'est pas un *negotiorum gestor* des affaires de la commune, agissant en son nom personnel sauf à compter avec elle ; comme les magistrats municipaux à Rome, c'est un véritable représentant qui lie la commune par les actes accomplis dans les limites de ses fonctions.

C'est donc le maire qui procèdera à tous les actes d'exécution nécessaires soit pour l'attaque soit pour la défense. Nous verrons plus loin quelles conditions préliminaires devront précéder l'application des règles tracées par le Code de Procédure. Quant à ces règles elles-mêmes, elles sont en principes celles du droit commun ; exceptionnellement, le Code (art. 69 et 1039) édicte quelques dispositions spéciales (1).

(1) Art. 69. » Seront assignées : 1^o Les communes, en la personne
« ou au domicile du maire.

« L'original sera visé de celui à qui copie de l'exploit sera laissée ;
« en cas d'absence ou de refus, le visa sera donné soit par le juge de
« paix, soit le procureur du roi auprès du tribunal de première ins-
« tance, auquel en ce cas la copie sera laissée. »

Art. 1039. « Toutes significations faites à des personnes publiques
« préposées pour les recevoir seront visées par elles sans frais sur
« l'original. »

« En cas de refus l'original sera visé par le procureur du roi près
« le tribunal de première instance de leur domicile. Les refusants

Nous n'entrerons pas dans l'examen détaillé des difficultés de procédure soulevées par ces textes. Il suffira de résumer en quelques mots les solutions admises par la jurisprudence.

Si le maire est absent ou empêché, un arrêt de la chambre des requêtes du 8 mars 1834 (1) décidait qu'il devait être remplacé par l'adjoint disponible le premier dans l'ordre des nominations ou le conseiller municipal le premier dans l'ordre du tableau.

On devrait aujourd'hui appliquer purement et simplement les articles 83 et 84 de la loi nouvelle (2).

Nous croyons qu'il faudrait étendre l'application de l'article 84 même au cas d'une absence momentanée à cause de la formalité du visa qui ne peut être donné que par le fonctionnaire expressément désigné. En ce sens un arrêt de la cour de Besançon décide que, dans l'hypothèse précédente, l'huissier ne peut laisser les copies aux domiciles des fonctionnaires désignés dans nos articles en parlant à leurs

« pourront être condamnés sur les conclusions du ministère public à
« une amende qui ne pourra être moindre de cinq francs. »

(1) Les arrêts cités sans indication de source se trouvent à leur date dans le journal du Palais pour les arrêts des cours et tribunaux et dans le recueil des arrêts du conseil d'Etat de Macarel pour les décisions de ce conseil.

(2) Art. 83. « Dans le cas où les intérêts du maire se trouvent en
« opposition avec ceux de la commune, le conseil municipal désigne
« un autre de ses membres pour représenter la commune soit en justice, soit dans les contrats. »

Art. 84 « En cas d'absence, de suspension de révocation ou de tout
« autre empêchement, le maire est provisoirement remplacé, dans la
« plénitude de ses fonctions par un adjoint, dans l'ordre des nominations et à défaut d'adjoint par un conseiller municipal désigné par
« le conseil sinon pris dans l'ordre du tableau. »

parents ou serviteurs (Besançon 2 juillet 1828). Dans l'espèce, il s'agissait d'un acte adressé à un département, mais l'arrêt peut s'appliquer par analogie à une commune.

La formalité du visa et de la copie au juge de paix ou au ministère public est exigée à peine de nullité de l'assignation (Cass. 24 juillet 1871). Il en serait différemment pour les significations d'actes ou de jugements.

Le but des formalités dont nous venons de parler est d'éviter la possibilité d'un conflit entre l'affirmation d'un officier ministériel et celle d'un fonctionnaire public.

— Il n'appartient qu'au maire d'agir au nom de la commune en vertu d'une délibération du conseil municipal, quelle que soit la nature de l'affaire ou le degré de juridiction. Il doit dans tous les cas agir en sa qualité de maire et rester dans les limites tracées par la délibération.

Qu'il s'agisse d'une action à intenter ou à soutenir, c'est au conseil seul à décider quels sont les droits que la commune veut défendre. Le rôle du maire se borne à prendre les mesures nécessaires pour atteindre ce but. Ce n'est pas à dire pour cela qu'il doive se réduire au rôle d'un exécuter inerte. Le Conseil détermine les chefs d'action qu'il y a lieu de défendre; le droit et le devoir du maire sera de faire valoir tous les moyens qu'il croira propres à assurer le succès de la commune.

Dans certains cas, il peut agir sans délibération préalable du conseil : c'est ainsi qu'avec son assentiment tacite, il prendra toutes les mesures qui rentrent dans la classe des actes conservatoires. Il s'agit ici de dispositions urgentes destinées à parer aux circonstances d'où pourrait résulter la perte d'un droit ou une déchéance pour la commune, par exemple interrompre une prescription, interjeter un appel, se pourvoir en cassation.

C'est ce qui résulte de l'art. 90, al. 1 :

« Le maire est chargé *sous le contrôle du Conseil municipal* et la surveillance de l'autorité supérieure : 1° de conserver et d'administrer les propriétés de la commune et de faire en conséquence tous actes conservatoires de ses droits. »

Ce n'est pas là une véritable dérogation à la règle que nous avons posée puisque le maire devra toujours en référer au conseil municipal dans le plus bref délai possible.

La loi nouvelle a d'ailleurs rendu ce contrôle plus facile en permettant de le convoquer à toute époque, soit sur l'initiative du maire, soit sur la demande de la majorité (art. 47).

Une seconde exception à la règle qui interdit au maire d'agir sans l'assentiment préalable du conseil admise par une jurisprudence constante, est celle d'une action en référé. (Paris, 27 juin 1868. D. P. 1868, 2, 188).

Les motifs de l'arrêt cité semblent indiquer que

les juges ont assimilé l'exercice entier de l'action en référé à un acte conservatoire « *le juge des référés ne « prescrivant jamais que des mesures conservatoires ou « provisoires qui ne préjudicient pas au principal.* »

Ce point de vue ne nous semble pas tout-à-fait exact. L'action en référé peut avoir des conséquences fort graves pour la commune. Il est en opposition avec l'esprit de la loi nouvelle qui est de rendre le contrôle du conseil municipal aussi efficace que possible.

Il serait plus conforme à l'esprit de la loi de ne dispenser de l'autorisation expresse du conseil que les actions en référé présentant réellement le caractère d'actes conservatoires, c'est-à-dire toutes celles d'où pourrait résulter une déchéance pour la commune.

C'est en ce sens que se prononce M. Reverchon, dans les conclusions de l'affaire *Gatti di Vivari* (Cass. 10 avril 1872) où il a été appelé à examiner incidemment la question (1).

On a voulu dispenser le maire d'une autorisation préalable du conseil pour l'exercice des actions possessoires. (En ce sens Dalloz, Jur. gén. V^o commune).

« (1) Nous réservons du reste le point de savoir si un maire pourrait « introduire un référé ou y défendre sans l'autorisation du conseil « municipal ; à titre conservatoire et provisoire nous l'admettons : « mais si, comme on le voit quelquefois, l'instance se prolongeait « et notamment si elle était renvoyée en état de référé, devant le « tribunal, et surtout devant la cour d'appel, le maire pourrait com- « promettre sa responsabilité en ne se couvrant pas de l'assentiment « du conseil municipal. »

On a invoqué en ce sens l'art. 55 de la loi de 1837 analogue à l'article 122 de la loi de 1884 (1).

Cette solution avait été rejetée par la jurisprudence antérieure à la loi de 1884. (Civ. Cass. 28 décembre 1863. D. 1864, 1, 23; 2 mars 1880, J. P. 80, p. 484 (2) et devrait l'être encore aujourd'hui (3).

Il est, en effet, question dans ces textes de l'autorisation du conseil de préfecture donnée à la commune, et nullement de la délibération du conseil habilitant le maire à plaider.

L'erreur contenue dans la doctrine opposée provient de ce qu'on applique la même expression à deux hypothèses bien différentes. Il serait plus exact de dire que la délibération du conseil habilite le maire à agir; il s'agit de l'aptitude juridique à représenter la commune dans la sphère de l'action et non d'une autorisation. Le conseil de préfecture au contraire autorise la commune, la relève de son

(1) Art. 122. « Le maire peut toujours, sans autorisation préalable, « intenter toute action possessoire ou y défendre et faire tous actes « conservatoires ou interruptifs des déchéances. »

(2) « Attendu que le maire, lorsqu'il agit en justice pour la commune n'est que le mandataire de celle-ci; qu'il ne peut donc procéder, soit en demandant, soit en défendant, sans le concours et l'autorisation du conseil municipal; que la disposition du § 10 de l'art. 49 de la loi de 1837 est formelle à cet égard. Attendu que si, par dérogation aux règles générales sur la matière, l'article 55 de la même loi permet au maire d'intenter toute action possessoire et d'y défendre sans autorisation préalable, cette exception ne s'applique qu'à l'autorisation du conseil de préfecture et non à celle du conseil municipal qui est toujours nécessaire. »

(3) Dès 1850 un projet de loi sur l'administration intérieure discuté par le conseil d'Etat se prononçait en ce sens (*Moniteur* du 24 décembre 1850).

incapacité. C'est là le but de l'article 122 et non pas de porter atteinte aux conditions imposées au maire pour pouvoir représenter légalement la commune.

Une exception apportant des dérogations plus graves aux principes que nous venons de développer est celle relative aux actions concernant les chemins vicinaux. Ces actions sont dans certains cas suivies par les préfets sans intervention des représentants de la commune intéressée. Cette décision tient à ce que le droit de la commune sur les chemins vicinaux n'est pas entier. Un point incontesté, c'est que le sol du chemin reste propriété communale ; mais il y a une tendance dans la législation à les soustraire à l'influence des communes pour les placer sous la dépendance des représentants des départements ; ils sont plus en état d'administrer des affaires plutôt d'intérêt départemental que communal.

Dans quelles limites s'exerce cette intervention du préfet ? Nous devons distinguer entre les chemins vicinaux de grande communication, d'intérêt commun ou ordinaires.

Pour les chemins de grande communication, une jurisprudence ancienne avait admis que le préfet, notamment en cas d'expropriation, ne devait se substituer au maire que lorsqu'il s'agissait d'un intérêt collectif (Maulde, Répert. d'admin. commun. Ch. Vic., n° 29. — Règlement général des chemins vicinaux du 21 juillet 1854).

Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 3 juin

1841 (Bulletin min. Intérieur, 1841, p. 124 et suiv.) est venue changer cette jurisprudence en s'appuyant sur les articles 6 et 9 de la loi du 21 mai 1836.

Art. 9 : « Les chemins vicinaux de grande communication sont placées sous l'autorité du préfet. »

Un passage de la circulaire explique très bien les motifs de cet article.

« Pour les travaux des chemins vicinaux de grande
« communication les communes ne sont pas consi-
« dérées isolément ; chaque chemin dans son ensem-
« ble forme une spécialité aux dépenses de laquelle
« sont associées un certain nombre de communes
« désignées par le conseil général. Les ressources
« créées par ce groupe de communes appartiennent
« exclusivement à la ligne vicinale à laquelle il est
« attaché et il y a fictivement une caisse vicinale
« pour chaque chemin de grande communication,
« caisse qui a ses ressources et ses dépenses dis-
« tinctes des ressources et des dépenses des autres
« lignes. Le préfet est l'administrateur de cette
« caisse vicinale en vertu de l'article 9 de la loi de
« 1836 qui place les chemins vicinaux de grande
« communication sous son autorité. »

Par suite il est naturel que le préfet, disposant de la caisse sur les fonds de laquelle doivent être payées les indemnités aux propriétaires expropriés, ait seul qualité pour ester en justice dans les contestations qui y sont relatives.

Depuis cette époque de nombreux arrêts se sont

prononcés en ce sens (C. d'État, 8 mai 1861, D. P. 61. 3. 58 ; Cass. 16 nov. 1883, préfet du Pas-de-Calais, 25 mai 1868, D. 68. 1. 405 ; 9 août 1882, Descoutures, D. 82. 1. 157). L'arrêt du conseil du 25 mai 1868, tout en reconnaissant la compétence du préfet dans l'instance en règlement des indemnités, ne se prononce pas sur le point de savoir si elle est exclusive de celle du maire.

Divers arrêts du conseil, du 15 mai 1874 (Ducharon), 24 avril 1874 (Sueur)... visent des mémoires présentés par le préfet pour des chemins de grande communication.

Cette jurisprudence, depuis la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux, a été étendue aux chemins vicinaux d'intérêt commun.

« La loi du 10 août 1871, dit l'arrêt du conseil
« d'Etat du 4 mai 1883 (préfet du Lot), a assimilé
« par diverses dispositions les chemins vicinaux
« d'intérêt commun aux chemins vicinaux de grande
« communication ; il suit de là que, dans la même
« mesure que ces derniers, ils doivent être placés
« sous l'autorité du préfet (1). »

Elle n'a d'ailleurs pas été admise aussitôt après la loi de 1871. Certains arrêts intervenus à l'occasion de chemins d'intérêt commun visaient des observations présentées par les communes intéressées (9

(1) Arrêts conformes du C. d'Etat, 11 mai 1883, Donnat ; 5 août 1881, Pougnet ; 25 mars 1881, préfet de la Nièvre ; 9 mars 1877, Hallette ; 12 janvier 1877, préfet de l'Aude.

janvier 1874, Beaufrère ; 7 août 1874, Arrachart) ou par les maires des communes intéressées (16 janvier 1874, Davost).

Une remarque commune aux deux hypothèses, et que confirme l'arrêt du conseil du 16 novembre 1883 (préfet du Pas-de-Calais), c'est que dans tous les cas où le préfet agit au nom des communes il est dispensé de leur assentiment ou plutôt de l'assentiment du conseil municipal qui les représente. Sans cela, le but poursuivi par la loi qui est de soustraire les chemins vicinaux intéressant plusieurs communes aux conflits que pourraient soulever la lutte des intérêts particuliers, ne serait pas atteint.

Nous ferons enfin observer que cette jurisprudence laisse entièrement de côté les chemins vicinaux ordinaires qui restent soumis à la condition normale des autres propriétés de la commune.

Une dernière exception résulte de l'art. 24 de la loi du 6 décembre 1850 sur la procédure relative au partage, dans les cinq départements composant l'ancienne province de Bretagne, des terres vaines et vagues sur lesquelles les particuliers et les communes ont des droits indivis en vertu de l'article 10 de la loi du 28 août 1792.

Cet article est ainsi conçu :

« Dans la quinzaine de la demande en partage,
« le conseil municipal délibérera sur les droits de
« la commune à la propriété de tout ou partie des

« terres à partager. Sa délibération sera soumise au
« préfet dans la huitaine.

« A défaut par la commune de faire valoir les
« droits qu'elle pourrait avoir, le préfet pourra
« les exercer devant le tribunal de première ins-
« tance de l'avis de trois jurisconsultes désignés
« conformément à l'article 42 du Code civil.

« Le préfet ne pourra interjeter appel ou se pour-
« voir en cassation qu'après un nouvel avis obtenu
« dans la même forme.

« Le délai de l'appel et du pourvoi, en ce qui
« concerne les communes, continuera à être de trois
« mois. »

Le rapporteur de la loi, M. Chegaray, pour justifier cette extension des pouvoirs du préfet, fit valoir que l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 15 de la loi de 1837, en ne permettant pas au préfet d'intervenir pour la sauvegarde des intérêts des communes, les laissait absolument sans défense, leurs droits étant en cette matière constamment en conflit avec des prétentions d'intérêt privé.

Nous venons de passer en revue les exceptions au principe d'après lequel le maire peut seul représenter la commune..

Le ministre de l'intérieur a tenté d'y apporter une autre dérogation en formant quelques pourvois devant le conseil d'Etat au nom des communes. Quelques-uns de ces pourvois ont été admis (1); ce

(1) V. arrêt du 6 janv. 1830 (Ministre de l'Intérieur) et la note sous cet arrêt.

que nous avons déjà dit touchant la représentation de la commune suffit pour montrer combien cette prétention en l'absence d'un texte était contraire à tous les principes. Aussi est-ce là une décision isolée dans la jurisprudence du conseil d'État. (En ce sens, 13 mai 1819 C^{ne} de Gonés, 19 décembre 1821 C^{ne} de Molay).

— Nous avons maintenant à examiner comment il est suppléé à la représentation de la commune dans le cas où le maire refuse ou est empêché d'agir en son nom.

§ 1. — Envisageons d'abord l'hypothèse où après une délibération du conseil invitant le maire à introduire une action ou à y défendre celui-ci s'y refuse. Ce n'est pas là le cas de l'article 84 de la loi du 5 avril 1884 qui suppose le maire empêché d'agir par un obstacle indépendant de sa volonté.

Si l'article 84 est évidemment inapplicable, en est-il de même de l'article 85 ?

Art. 85. « Dans le cas où le maire refuserait ou « négligerait de faire un des actes qui lui sont « prescrits par la loi, le préfet peut, après l'en avoir « requis, y procéder d'office par lui-même ou par un « délégué spécial. »

La même question se posait déjà sous l'empire de l'art. 15 de la loi de 1837.

D'après une première doctrine, cet article ne devait s'appliquer qu'aux actes faits par le maire sous l'autorité de l'administration supérieure, en

vertu de l'article 9 de la loi de 1837. On excluait ainsi tous ceux qui sont placés seulement sous sa surveillance par l'art. 10 de la même loi. Donner au préfet pour les uns comme pour les autres le droit de faire l'acte par lui-même ou par un délégué ce serait, disait-on, placer le maire non plus sous sa surveillance mais sous son contrôle, et effacer toute différence entre les articles 9 et 10 de la loi.

Ce raisonnement, quoique séduisant au premier abord, ne nous semble pas décisif. Nous remarquons que, pour toute une catégorie d'actes visés par l'article 10, il n'est pas question de l'application de l'article 15. Ce sont ceux accomplis par le maire comme magistrat municipal indépendamment de toute délibération du conseil (art. 91, L. 1884). Pour ceux-ci par conséquent la distinction faite par la loi conserve tout son intérêt. Dans aucun cas le préfet ne pourra ni les modifier, ni les accomplir au lieu et place du maire.

Pour ceux, au contraire, qu'il accomplit en qualité de représentant de la personnalité civile de la commune, le maire ne fait qu'exécuter les décisions du conseil municipal. Sans doute l'autorité supérieure ne peut se substituer à l'autorité municipale, mais c'est, comme nous le verrons ultérieurement, avec plus de détails, pour l'acte tout entier, comprenant la délibération et l'action. En ce qui concerne les actes d'exécution, il y a une différence capitale avec

ceux faits par le maire en vertu de l'article 9, c'est qu'il agit sous le contrôle du conseil municipal. L'administration d'après nous, peut les faire en son lieu et place en vertu de l'article 15, mais loin d'user d'un droit de contrôle qui lui soit propre, elle ne fait que donner une sanction aux prérogatives dont le conseil municipal est investi par la loi.

Nous pensons donc qu'appliquer l'article 15 à l'hypothèse que nous avons en vue ce n'est pas mettre le maire sous le contrôle de l'administration supérieure dont l'action reste subordonnée à celle du conseil municipal.

Cette théorie s'appliquerait de même à l'article 85 de la loi de 1884. « Il précède et domine dans la « nouvelle loi les fonctions du maire soit comme « chef de l'association communale, soit comme représentant de l'autorité centrale » (1).

Comme l'article 15 de la loi de 1837 sa portée est générale et embrasse aussi bien les actes faits par le maire comme délégué de l'administration centrale que comme exécuter des décisions du conseil. Toute controverse sur ce point nous paraît définitivement tranchée.

§ 2. — Nous avons supposé dans le paragraphe précédent que le maire refusait d'agir au nom de la commune. Il peut se faire aussi qu'il soit empê-

(1) V. sur ce point le travail de notre savant professeur M. Ducrocq. D. P. 1884, 2, p. 192, et surtout Etudes sur la loi municipale du 5 avril 1884.

ché par un obstacle indépendant de sa volonté. La loi a dû prévoir ce cas et organiser un système de suppléance qui permette aux intérêts de la commune d'avoir toujours un représentant. C'est ce qu'avaient déjà fait les articles 5 de la loi du 21 mars 1834 et 4 de la loi du 5 mai 1855.

D'après le premier de ces articles, le maire en cas d'absence ou d'empêchement est remplacé par l'adjoint disponible le premier dans l'ordre des nominations et en cas d'absence du maire et des adjoints par le conseiller municipal le premier dans l'ordre du tableau, d'après le nombre des suffrages obtenus.

L'article 4 de la loi de 1855 vint apporter à ce système une modification de détail en laissant au préfet le soin de désigner celui des conseillers municipaux qui devait remplacer le maire ou les adjoints empêchés. A défaut de cette désignation seulement, il était pris dans l'ordre du tableau.

D'après l'article 84 de la nouvelle loi, en cas d'absence, de suspension, de révocation ou de toute autre empêchement, le maire est provisoirement remplacé dans la plénitude de ses fonctions par un adjoint dans l'ordre des nominations et à défaut d'adjoints par un conseiller municipal désigné par le conseil, sinon pris dans l'ordre du tableau.

C'est donc au conseiller municipal choisi conformément à cet article que passe la plénitude des attributions du maire sans que cette substitution de

personne apporte un changement quelconque aux règles qui régissent la représentation en justice de la commune.

§ 3. — Le maire peut juger à propos de déléguer l'exercice d'une action en justice. L'article 82 de la loi du 5 avril 1884 (art. 14, L. 18 juillet 1837) indique quelles sont les conditions générales de la délégation. « Le maire peut, sous sa surveillance et « sa responsabilité, déléguer par arrêté une partie « de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints « et en l'absence ou en cas d'empêchement des adjoints à des membres du conseil municipal. Ces « délégations subsistent tant qu'elles ne sont pas « rapportées. »

La nécessité d'un arrêté est une innovation de la loi de 1884 qui a pour but d'éviter toute contestation ultérieure sur la validité de la délégation. A la différence de ce que nous avons vu au cas de suppléance la délégation ne doit jamais embrasser qu'une partie des fonctions du maire qui reste toujours responsable de la gestion du délégué. La loi ne dit pas d'ailleurs que la délégation doive se restreindre à un point spécial. Il suffit qu'elle ne comprenne pas toutes les attributions du maire.

Elle pourra être faite, soit pour une catégorie d'affaires telle que la représentation de la commune en justice, soit pour tel procès en particulier.

Dans le cas de l'article 83, on a cru devoir déroger aux règles habituelles de la suppléance.

« Dans le cas où les intérêts du maire se trouvent
« en opposition avec ceux de la commune, le conseil
« municipal désigne un autre de ses membres pour
« représenter la commune soit en justice soit dans
« les contrats. »

Si, dans cette hypothèse, la loi a confié cette mission au conseil municipal, c'est qu'elle a voulu éviter toute possibilité de collusion. D'autre part, la liberté laissée au choix du conseil sans qu'il soit lié par l'ordre du tableau lui permettra de désigner celui de ses membres le mieux en état de défendre les intérêts de la commune dans les questions toujours délicates que soulève la conduite d'un procès.

CHAPITRE II

EXERCICE DE L'ACTION PAR UN CONTRIBUABLE

Nous avons étudié dans le chapitre précédent le mode ordinaire et normal d'exercice des actions communales : nous avons vu quel était le rôle des organes qui représentent la commune soit au point de vue de l'action, soit au point de vue de la délibération.

Avant la loi de 1837, c'était pour les communes la seule manière de faire reconnaître en justice leurs droits contestés. Une innovation introduite par cette dernière loi, confirmée dans les mêmes termes par celle de 1884, leur a permis d'atteindre indirectement et par l'intermédiaire d'un tiers le même résultat.

Pour nous rendre compte de ses motifs et de son étendue, il faut se rappeler le mode ordinaire d'exercice de certains droits communaux, en particulier des droits sur le domaine public, ou sur une partie du domaine privé de la commune. Ce sont les véritables intéressés, c'est-à-dire les habitants qui font, chacun pour leur part, les actes de possession qui s'y rapportent. La propriété de la commune sur

ces biens n'est en quelque sorte que la réunion et la centralisation sur la tête d'un être fictif des actes de possession exercés par chaque habitant.

Aussi la jurisprudence avait-elle été amenée à reconnaître à chacun d'eux, en premier lieu, le droit d'obtenir la réparation de tout acte pouvant diminuer son droit de jouissance pourvu que la qualité communale du bien ne soit pas contestée, et aussi le droit individuel de se faire maintenir en possession d'un chemin, d'un pacage, ou de tout autre communal dont on tenterait de le priver. C'est là la théorie que résume un arrêt du Conseil d'État du 27 novembre 1814. (C^{no} de Bourguenais) inséré au Bulletin des lois.

« Considérant, que lorsqu'un bien est reconnu
« communal, qu'il ne s'élève aucune contestation
« sur la propriété de la commune, chaque habitant
« a un droit personnel à la jouissance de ce bien et
« peut par conséquent, ainsi que l'a décidé le décret
« du 9 brumaire an 13, intenter en son nom privé
« les actions relatives à l'exercice de ce droit ; mais
« qu'il en est autrement pour les actions qui con-
« cernent la propriété des biens communaux ; qu'il
« est évident, en effet, que cette propriété appar-
« tient non à chaque habitant en particulier mais
« à la commune en corps, d'où il suit 1° que les ac-
« tions qui tendent à la revendication d'un bien com-
« munal sont du nombre de celles qui aux termes
« de la loi du 29 vendémiaire an V intéressent uni-

« quement les communes et 2° que d'après la même
« loi ces actions ne peuvent être intentées que par
« les administrateurs chargés de veiller aux inté-
« rêts des communes. »

Deux hypothèses sont donc possibles : ou le droit de la commune n'est pas contesté et alors il ne s'agit que des limites du droit d'usage de chaque habitant qui aura qualité pour obtenir une décision judiciaire, ou au contraire la contestation porte sur le fond même, sur l'existence du droit communal que la commune seule, d'après cette jurisprudence, pouvait faire reconnaître.

Il pouvait résulter de là dans certains cas une gêne très grande pour quelques habitants. Chacune des parties du domaine communal n'est pas également utile à tous. La généralité des habitants peut n'avoir qu'un intérêt très faible à défendre certains droits. Les représentants de la commune peuvent par suite ne pas opposer de résistance à des prétentions injustifiées soit qu'ils pensent que pour la commune une défense serait plus onéreuse que profitable, soit même par négligence ou partialité. Dans tous ces cas l'inertie de la commune pouvait compromettre les intérêts particuliers de quelques uns de ses membres.

La loi de 1837 est venu briser cet obstacle, en permettant à tout contribuable d'exercer sous certaines conditions les actions communales.

Art. 49, § 2. « Cependant tout contribuable ins-

« crit au rôle de la commune a le droit d'exercer à
« ses frais et risques, avec l'autorisation du conseil
« de préfecture, les actions qu'il croirait appartenir
à la commune ou section et que la commune ou
« section, préalablement appelée à en délibérer, au-
« rait refusé ou négligé d'exercer. »

Sauf une amélioration de rédaction, l'article 123 de la loi de 1884 est absolument semblable au précédent. Nous devons par suite considérer les principes déduits par la jurisprudence de la législation antérieure comme toujours applicables.

Nous avons d'abord à nous expliquer sur l'étendue de l'innovation consacrée par la loi de 1837. Son utilité est incontestable dans tous les cas où le droit de jouissance personnelle d'un habitant est subordonné à la preuve de l'existence du droit communal. C'est en vue de cette situation que notre article a été introduit. Est-ce à dire que son application doive se restreindre à la cause qui lui a donné naissance ? La généralité de ses termes ne-le permet pas. Comme nous le verrons, la loi ne distingue pas suivant la nature de l'action. Par suite, s'il s'agit d'un droit réel, que la jouissance en soit abandonnée aux habitants ou qu'au contraire la commune l'exerce par elle-même ou par ses représentants, dans tous les cas, tout contribuable réunissant les conditions prévues par l'article 123 pourra le faire reconnaître au profit de la commune.

Il en serait de même pour un droit de créance, quel que soit d'ailleurs le débiteur.

Il est facile de justifier cette généralisation. On a vu là un moyen d'assurer dans tous les cas une défense à des intérêts négligés par la représentation de la commune. Bien que les contribuables ne soient plus dans ce cas poussés par l'intérêt personnel, il est possible que cette seule qualité les décide à prendre la défense des droits communaux.

On a cependant contesté l'utilité de cette intervention; on a soutenu qu'il y avait plus de dangers que d'avantages à permettre au premier venu de se substituer aux représentants de la commune pour apprécier l'opportunité de l'exercice de ses droits. M. Jules Roche, dans la séance du 26 février 1883, avait demandé la suppression de l'article 123. Nous verrons que des garanties sont exigées du contribuable pour mettre la commune à l'abri de tout danger.

Mais avant d'examiner en détail les conditions qui lui sont imposées par l'article 123, nous devons en quelques mots préciser le rôle qu'il joue dans l'instance. Ce serait une erreur de croire qu'il représente la commune. Celle-ci d'après l'article 123 § 2 est nécessairement en cause et peut, si elle le juge à propos intervenir pour la défense de ses droits. La seule dérogation au droit commun c'est pour le contribuable la faculté d'établir l'existence d'un droit qui ne lui appartient pas, mais dont il pourra dans certains cas profiter.

On a tenté de l'assimiler à un mandataire ou à un gérant d'affaires. Ces assimilations ne nous paraissent pas exactes. Ce n'est certainement pas un mandataire puisqu'il peut agir contre le gré de la commune ; ce n'est pas davantage un gérant d'affaires puisqu'il ne représente pas la commune dont la présence aux débats est obligatoire.

Nous allons examiner dans trois paragraphes qui peut agir au nom de la commune, dans quels cas et sous quelles conditions.

Nous n'étudierons d'ailleurs parmi ces dernières que celles qui sont spéciales au contribuable : une autre condition fort importante, nous voulons parler de l'autorisation de plaider, lui est imposée aussi bien qu'aux communes ; nous donnerons en même temps des explications sur les deux cas.

§ 1. — *Qui peut agir au nom de la commune.*

Le droit d'agir est, nous l'avons vu, ouvert par l'article 123 à tout contribuable inscrit au rôle de la commune. Il ne suffit donc pas de faire partie de l'association communale, il faut encore y être contribuable. Cette exigence est-elle justifiée ? C'est comme moyen préliminaire à l'exercice du droit de jouissance qu'il est permis de prouver le fond du droit en faveur de la commune. Logiquement donc ce sont les personnes admises à établir à leur profit la

jouissance du droit qui devraient l'être aussi à démontrer le droit de la commune. Tout contribuable, nécessairement propriétaire ou domicilié dans la commune, est dans ce cas. Aussi est-ce avec raison qu'on n'a pas admis la proposition de M. Roche de restreindre le droit d'agir aux seuls électeurs. On a fait observer que des femmes, des mineurs, des personnes non domiciliées pouvaient avoir des intérêts importants dans la commune et que ce serait aller directement contre le but de la loi que de leur refuser le droit d'action. Mais un électeur non contribuable ou même une personne simplement domiciliée ne peut-il avoir intérêt à agir ? La simple qualité d'habitant suffit en effet pour permettre la jouissance de certains droits communaux. S'ils ne sont pas contestés au fond, la Cour de cassation permet aux intéressés d'agir *ut singuli* relativement à leur usage.

« Attendu que lorsqu'il ne s'agit que de la jouissance et de l'usage d'un chemin même public, chaque habitant, chaque communier est apte, a droit et qualité à exercer l'action relative à cette jouissance et à cet usage. » (Cass. 24 juin 1867 S. 67, 2, 157).

Il eut été peut-être plus conforme au but de la loi de leur permettre aussi d'agir pour faire reconnaître le fond du droit au profit de la commune. C'était probablement là le but poursuivi par M. Ro-

che. Il eut suffi de dire : « à tout contribuable ou domicilié dans la commune. »

Les premiers projets de loi qui ont précédé la rédaction définitive de la loi de 1837 se servaient du mot « habitants. » C'était là, une expression trop restreinte puisqu'on excluait ainsi les contribuables non domiciliés. Aussi le projet présenté à la chambre des Pairs le 18 février 1837, rapporté par la commission le 27 mars (Moniteur du 28), y avait-il substitué le mot contribuable qui a passé sans autre observation dans la loi de 1884.

Bien que l'action soit intentée, rien n'empêcherait d'autres contribuables d'intervenir ultérieurement dans l'instance, pourvu qu'ils remplissent les conditions exigées. (En ce sens Riom, 10 fév. 1873. J. P. 1873, p. 597). Les intervenants pourraient alors suivre l'action dans toutes ses phases alors même que les contribuables qui ont engagé le procès se désisteraient.

§ 2. — Dans quels cas s'exerce le droit du contribuable? La loi lui permet d'exercer toutes les actions qu'il croit appartenir à la commune, quelle que soit d'ailleurs la nature de l'action, qu'elle soit réelle ou personnelle, judiciaire ou administrative, civile, commerciale ou criminelle, qu'elle offre un but pécuniaire ou un simple intérêt moral (1).

Du moment qu'un droit lui semble appartenir à

(1) C. d'Etat, 1^{er} sept. 1860. D. P. 1861, 3, 38.

la commune, le contribuable peut dans tous les cas se substituer à elle pour le faire reconnaître : on a même étendu l'application de ce principe à des procédures qui ne sont pas des actions au sens rigoureux du mot, p. ex. à un référé.

Mais s'il faut donner au principe de l'art. 123 son extension naturelle, il ne faut pas la dépasser. Il faut qu'il s'agisse d'une instance ; par suite, on ne pourrait former une demande en autorisation de plaider au nom de la commune ni même un recours non contentieux contre une pareille demande.

On s'accorde à donner à notre article un sens général en permettant au contribuable de se substituer à la commune pour défendre à une action dirigée contre elle. Les mêmes motifs que nous avons déjà développés s'appliqueraient dans ce cas. De même que pour une action à intenter, les représentants de la commune peuvent, en son nom, refuser de défendre à une action s'ils jugent qu'elle n'y a pas un intérêt suffisant. Il est à la fois conforme à la logique et au texte même de l'article 123 de permettre à un contribuable lésé par cette décision de soutenir le procès au nom de la commune. Nous citerons en ce sens une décision du conseil d'Etat (22 février 1875 C^{ne} de Cemboing. — V. aussi Cass. 2 mars 1875 Feuillat et autres).

Le contribuable peut, après s'être saisi d'un droit communal, épuiser pour le faire reconnaître tous les degrés de juridiction. Les expressions de l'article

123 s'interprètent naturellement en ce sens. On est aussi d'accord pour lui reconnaître le droit d'intervenir après une décision judiciaire rendue contre la commune. Il peut exercer en son lieu et place tous les recours qui lui sont ouverts, former un appel ou une opposition, ou même user des voies de recours extraordinaires telles qu'un pourvoi en cassation ou une requête civile. Ces principes sont admis par une jurisprudence constante.

Il résulte implicitement de l'article 123 qu'il faut, pour donner ouverture au droit du contribuable, que l'action appartienne à la commune. Ce point a été contesté. On a voulu appliquer l'art. 49 de la loi de 1837 aux établissements publics communaux. Dès lors tout contribuable inscrit au rôle aurait eu qualité pour exercer à ses frais et risques sur le refus des commissions administratives des bureaux de bienfaisance les actions intéressant les pauvres de la commune. On invoquait en ce sens les lois du 16 Vendémiaire an V et 16 Messidor an VII aux termes desquels les fonctions des administrateurs d'hospices sont de même nature que celles des administrations municipales.

Le ministre de l'intérieur répondait que l'article 49 ne pouvait être invoqué pour des établissements qui sont plutôt des démembrements que des dépendances de l'administration municipale.

Les administrateurs de ces établissements étant nommés directement par l'autorité supérieure elle

pourrait les remplacer à son gré s'ils lui paraissent oublier leurs devoirs. Il n'en est pas de même des corps municipaux, qui, étant le produit de l'élection, ont une indépendance réelle dont ils pourraient abuser au détriment de la commune même qu'ils représentent. Il importait donc, dans l'intérêt de cette dernière, que chaque membre de la communauté pût à ses frais et risques défendre les droits de tous quand ils lui paraîtraient désertés ou négligés par le conseil municipal.

C'est en ce sens que se prononce l'arrêt du conseil d'État du 30 août 1847 (Dumorisson, Cotard et autres). « Considérant que les requérants n'ont pas « qualité pour se pourvoir au lieu et place du bureau de bienfaisance de la ville de Pons » (Rejet).

Le contribuable ne peut exercer qu'une action appartenant encore à la commune. Si donc, pour un motif quelconque, le droit de celle-ci est éteint, si par exemple, un premier jugement a, vis-à-vis d'elle, autorité de chose jugée, il ne pourra évidemment pas être admis à se prévaloir d'un droit qui en réalité n'existe plus. Dans bien d'autres circonstances il en serait de même, par exemple au cas d'un désistement, d'un acquiescement ou d'une transaction consentis par la commune avec l'adversaire du contribuable.

C'est ce qu'établissent divers arrêts, notamment parmi les plus récents un arrêt du 24 mai 1873

(Petitjean au nom de la ville de Loches) et un arrêt du 19 nov. 1881 (C^{ne} d'Urtaca).

D'un arrêt de la cour de Besançon rendu dans le même sens (8 mai 1875 D. P. 1876, 2, 60) semblerait résulter la possibilité pour un conseil municipal de renoncer à une action communale. Il s'agissait dans l'espèce d'une action intentée par un contribuable contre un maire qui, pendant l'invasion du territoire, avait contracté au nom de la commune l'engagement de conserver en dépôt des bagages appartenant à l'ennemi. Le contribuable voyait là une faute personnelle dont le maire était responsable envers la commune en vertu de l'article 1382 du Code civil. Le maire opposait une fin de non-recevoir tirée de délibérations du conseil municipal portant au budget de la commune les sommes payées à l'ennemi. Il soutenait qu'il y avait dans ce fait renonciation implicite de la part du conseil à l'action que la commune aurait pu exercer. La cour de Besançon a jugé *qu'en fait* les délibérations alléguées n'entraînaient pas nécessairement renonciation à l'action (1) ; mais il nous semble qu'une considération préjudicielle, en laissant de côté les questions de fait, militaient en faveur de la même solution. Dans aucun cas les représentants de la commune n'ont qua-

(1) Après avoir écarté la fin de non-recevoir, elle a néanmoins rejeté l'action du contribuable. Bien que jugeant le procédé du maire regrettable, elle n'a pas pensé qu'il y eût là un fait suffisant pour engager sa responsabilité vis-à-vis de la commune.

lité pour la dépouiller d'un droit. On ne comprendrait guère qu'une renonciation pure et simple put être valable, alors qu'une transaction, un acquiescement ou un désistement dont les conséquences sont moins graves pour la commune sont entourés de formalités nombreuses destinées à protéger ses droits.

Un autre cas dans lequel le contribuable ne peut se prévaloir de l'article 123 c'est lorsqu'il agit *ut singulus* en vertu de son droit de jouissance personnelle, sans invoquer le droit communal.

Un arrêt de la cour de Besançon du 17 mars 1869 (S. 1869, 2, 228), distingue très nettement les deux hypothèses : « L'article 49 (de la loi de 1837 analogue à l'article 123 de la loi actuelle), dit-il, « prévoit seulement l'exercice d'une action de nature à compromettre le droit communal en l'exposant aux éventualités de la chose jugée » (1).

En sens inverse, d'autres arrêts exigent l'application des formalités de l'article 49 pour toutes les actions que quelques habitants exerceraient en leur nom personnel dans la mesure de leur intérêt particulier, si leur demande a pour base un droit communal.

: « Attendu, dit un arrêt du 20 mars 1878 (J. P.

(1) Arrêts conformes. — Cass. 2 février 1875 (J. P. 1875 p. 164), 24 juin 1867 (S. 67, 2, 157), 23 janvier 1867 (J. P. 1867 p. 288). Besançon, 17 mars 1869 (J. P. 1869 p. 979). Montpellier (16 juin 1864, J. P. 1867 p. 288), etc. On peut voir aussi les considérants du jugement du tribunal de Lyon du 14 février 1874.

« 1878 p. 520) qu'il importe peu que l'habitant de
« la commune procède en son nom personnel dans
« la mesure de son intérêt particulier si sa demande
« a eu en réalité pour base un droit communal et
« qu'il appartient à la cour de cassation d'apprécier
« le caractère du droit réclamé.... ; que le jugement
« déclare que le droit des habitants de Théreau est
« consacré par un usage immémorial ; que ce droit
« ainsi déterminé ne saurait être considéré comme
« personnel à chacun des défendeurs ; qu'il présente
« les caractères essentiels du droit collectif d'une
« agrégation ou généralité d'habitants, lequel ne
« peut être l'objet d'une action en justice de la
« part d'un ou de plusieurs membres de l'agrégation
« sans l'observation des formalités et des garanties
« prescrites par l'art. 49 de la loi du 18
« juillet 1837 » (1).

Nous citerons aussi deux arrêts de la cour de Besançon des 9 et 24 janvier 1863 J. P. 1863 p. 680, qui d'après nous ne renferment pas la contradiction qu'on a cru y trouver.

Ils font la distinction que nous avons déjà formulée ; d'après le premier, le fond du droit communal n'était pas contesté ; il s'agissait de trouble apporté à un droit de passage sur un chemin public ; l'ar-

(1) En ce sens, 16 fév. 1859 (J. P. 1859 p. 418), 10 janv. 1860 (J. P. 1860 p. 157), 26 janv. 1864 (J. P. 1864 p. 357) 3 juin, 1872 (J. P. 1872 p. 714), 30 juillet 1873 (J. P. 1875 p. 737), 24 fév. 1874 (J. P. 1874 p. 1070), 2 juin 1875 (J. P. 1876 p. 853), 20 mars 1878 (J. P. 1878 p. 520). Cons. d'Etat, 4 mai 1877.

ticle 49 de la loi de 1837 était donc inapplicable. D'après le second, au contraire, il s'agissait de trouble sur un chemin *prétendu public ou communal* ; le droit de la commune était contesté, la règle de l'article 49 devait s'appliquer.

Le contribuable peut encore intenter en vertu de l'article 123 une action possessoire aussi bien qu'une action pétitoire. Il semble que dans ce cas le contribuable agisse forcément *ut singulus* en vertu de son droit de jouissance personnelle. L'article 123 pourra cependant s'appliquer. Tout droit de possession en faveur du contribuable suppose l'existence d'un droit de propriété appartenant à la commune. Pour que le contribuable puisse agir *ut singulus* il faudra que son action possessoire ne mette pas en cause le droit de propriété de la commune suivant la distinction que nous avons déjà faite. Dans tous les autres cas il ne pourra agir qu'autant qu'il se sera soumis aux conditions de l'article 123. Cette solution que la loi de 1837 n'indique pas figurait en termes explicites dans un projet de loi relatif à l'administration intérieure discuté en 1850 par le Conseil d'Etat. (*Moniteur* du 24 décembre 1850).

Un arrêt de la Cour de Dijon du 9 novembre 1866 (S. 1867. 2. 157) nous montre un autre cas d'application de l'article 123.

Il décide qu'un simple particulier défendeur à une action n'est pas recevable à exciper de droits qu'il

soutiendrait appartenir à une commune sans la mettre en cause suivant les formalités prescrites.

« Attendu que si tout contribuable inscrit au rôle
« a le droit de suivre à ses frais et risques les ac-
« tions qu'il croirait appartenir au corps moral, il
« ne peut compromettre *ut singulus* ce droit collectif
« et universel qu'au cas de refus ou de négligence
« de la commune préalablement appelée à en déli-
« bérer et avec l'autorisation du Conseil de préfec-
« ture ; qu'assignés en leur propre et privé nom les
« consorts Macloud ne pouvaient exciper du droit
« de la commune sans devenir demandeurs à leur
« tour et la mettre en cause en se conformant aux
« dispositions légales précitées, qu'ils sont donc non
« recevables personnellement à se prévaloir per-
« sonnellement d'un droit qui pour eux et dans
« l'espèce était le droit d'autrui, etc... »

§ 3. — *Sous quelles conditions le contribuable peut-il exercer une action communale ?*

En laissant de côté pour le moment l'autorisation de plaider imposée au contribuable comme à la commune l'article 123 nous indique trois conditions qui lui sont particulières.

I. — Il faut d'abord que la commune, préalablement mise en demeure, ait refusé ou négligé d'exercer l'action. Il ne faudrait pas confondre le refus dont il est question ici, avec une renonciation à l'ac-

tion dont l'adversaire du contribuable pourrait se prévaloir. Nous avons vu que dans ce dernier cas l'action était éteinte à l'égard du contribuable aussi bien que de la commune.

Le silence de la commune ne suffit pas ; il faut que le contribuable la mette en demeure d'agir. Si, après cette sommation, elle refuse ou garde le silence, le contribuable est libre d'agir. C'est le maire qu'il saisira de la question et celui-ci devra en référer au conseil municipal. Cette condition a pour but d'empêcher un tiers d'exercer contre le gré de la commune un droit qu'il pourrait compromettre. Il est quelquefois assez délicat de dire si elle est réalisée. On sait que les communes doivent, pour pouvoir plaider, solliciter et obtenir l'autorisation du Conseil de Préfecture ou du Conseil d'Etat. De là plusieurs hypothèses à examiner.

A. — Un premier cas ne présente aucune difficulté. La commune n'a fait aucune démarche pour être autorisée à plaider. Nous avons indiqué la solution : si le droit existe encore dans le patrimoine de la commune, le contribuable en usera sous les conditions qui lui sont imposées.

B. — La commune a sollicité l'autorisation de plaider sans cependant épuiser toutes les voies légales pour l'obtenir. Par exemple, l'autorisation lui ayant été refusée par le Conseil de Préfecture, elle ne s'est pas pourvue devant le Conseil d'État.

Un arrêt de Bourges du 6 avril 1840 (D. 41, 2, 83),

considère le défaut de pourvoi comme équivalent à un refus formel d'exercer le droit et comme rendant recevable l'action du contribuable.

M. Reverchon (Traité des autorisations de plaider, p. 103) cite en sens contraire deux autres arrêts, l'un du Conseil d'État (8 janvier 1840, Vaillant), l'autre de la cour de Bordeaux. (29 janvier 1839 D. 40, 2, 33).

Le premier de ces arrêts exige une délibération spéciale du Conseil municipal.

« Considérant que la commune de Rainvillers n'a
« pas été préalablement appelée à délibérer sur le
« pourvoi qu'elle pouvait diriger contre l'arrêté du
« Conseil de Préfecture qui lui a refusé l'autorisa-
« tion ; qu'il n'est point établi qu'elle ait refusé ou
« négligé d'exercer son droit » (Rejet).

C'est donc sur une simple question de forme que cet arrêt se sépare de celui de la Cour de Bourges. Il exige que la commune, c'est-à-dire le conseil municipal soit spécialement consulté sur le point de savoir s'il entend user de ses droits, ce qui semble en effet conforme au texte de la loi. Mais, quant au fond et lorsqu'il est établi que la Commune a refusé ou négligé de se pourvoir, la doctrine de la Cour de Bourges nous paraît exacte.

C. — L'arrêt de la Cour de Bordeaux semble, d'après les considérants, avoir en vue la troisième hypothèse, de beaucoup la plus délicate où la

commune a vainement sollicité l'autorisation de plaider.

« Attendu, dit-il que si, à défaut d'autorisation, « l'appel formé par la commune est infructueux, il « n'en est pas moins vrai qu'elle a formé et suivi « son action, et qu'il n'y a eu de sa part ni refus, ni « négligence ; que, dans une pareille situation, ad- « mette les particuliers à plaider lorsque la com- « mune a épuisé son droit, ce serait autoriser deux « actions identiques, ce qui est inadmissible..... »

Il nous semble difficile, malgré l'autorité qui s'attache aux conclusions de M. Reverchon, d'admettre la théorie de cet arrêt. L'autorisation de plaider, comme nous le verrons plus tard, est un acte administratif qui n'a d'effet que vis-à-vis de la commune et auquel les tiers restent complètement étrangers. Une première demande n'a pas épuisé le droit de la commune et, malgré un premier refus, elle peut solliciter à nouveau une autorisation. C'est précisément dans ce cas que l'utilité de l'intervention du contribuable est la plus évidente puisque les frais de l'instance doivent rester à sa charge. L'entrave mise par le Conseil de Préfecture à l'exercice de l'action par la commune pouvait avoir pour motif la crainte de l'exposer à des frais trop élevés ; l'intervention du contribuable le fait disparaître (1).

D. — Conformément à ce qui précède, nous déci-

(1) *Contrà*, Conseil d'Etat 11 juillet 1885 (Hacquard).

derons qu'une autorisation de plaider dont la commune négligerait de se servir ne saurait faire obstacle au droit du contribuable.

—Le contribuable ne peut donc exercer une action appartenant à la commune que si elle refuse ou néglige de le faire. Peut-il intervenir dans une instance où elle figure ?

Au premier abord, la condition de l'article 123 ne paraît pas remplie. Un arrêt de la Cour de Lyon admet cependant la solution contraire.

Il s'agissait dans l'espèce d'une action dirigée contre la ville de Lyon en vertu de la loi de vendémiaire an IV. Des contribuables demandaient à intervenir dans l'instance comme défendeurs pour y faire valoir des moyens que la commune refuserait ou négligerait d'exercer. Les formalités exigées par la loi de 1837, en particulier l'autorisation du Conseil de préfecture, n'avaient pas été remplies : les contribuables demandaient à intervenir comme personnellement intéressés. Le Tribunal de Lyon par un jugement du 14 février 1874 admit ce moyen d'intervention. La Cour de Lyon par un arrêt du 23 juillet 1874 se prononça en sens contraire, mais en même temps les considérants de l'arrêt déclaraient applicables dans ce cas l'article 49 de la loi de 1837.

La Cour de cassation dans son arrêt du 2 mars 1875 s'est prononcée dans le même sens en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Lyon.

« Attendu que cette disposition plus spécialement

« relative par son texte au cas d'action à intenter
« est également applicable au cas où il s'agit de dé-
« fendre à une action intentée contre la commune
« et que par suite, elle doit régir les interventions de la
« nature de celle qui s'est produite au procès..... »

M. Alméras-Latour, dans son rapport, indique les motifs qui justifient d'après lui l'extension donnée à la règle de l'article 39.

« Ce qui peut se faire, ce qui est nécessaire au
« point de vue de la forme dans le cas d'une de-
« mande ou d'une défense principale doit se prati-
« quer aussi pour une intervention. En effet, si
« comme cela se rencontre dans la cause, un contri-
« buable se présente dans une instance pour con-
« clure à la non-recevabilité ou au mal fondé de la
« demande intentée contre la commune, il fait ce
« que cette dernière fait ou devrait faire elle-même
« et son intervention dictée par l'intérêt inhérent à
« sa qualité ne se manifeste que comme une émana-
« tion du droit communal. »

Le seul motif qui d'après nous puisse justifier cette extension c'est l'intérêt de la commune qui se trouvera ainsi exonérée des frais du procès. Ni le refus d'exercer l'action par la commune, ni sa mise en cause ne seront applicables dans ce cas qui était certainement resté en dehors des prévisions du législateur.

II.—Nous arrivons maintenant à la seconde condition imposée au contribuable qui consiste dans l'o-

bligation de mettre la commune en cause. « La commune ou section est mise en cause et la décision qui intervient a effet à son égard » (art. 123, § 2).

Cette condition a été introduite dans le double intérêt de la commune et de son adversaire ; dans l'intérêt exclusif de la commune, pour qu'elle puisse proposer les moyens d'attaque ou de défense qu'elle juge convenables, et veiller à ses intérêts ; dans l'intérêt de la commune et de son adversaire, afin que la décision rendue leur soit commune. Si l'adversaire de la commune triomphe, il ne faut pas qu'il soit exposé à de nouvelles attaques ; si au contraire il succombe, la commune doit être en mesure de se prévaloir de la chose jugée.

La mise en cause se fera, suivant les règles ordinaires par une constitution d'avoué émanée du maire.

La loi a entendu évidemment qu'il reste présent aux débats jusqu'à la fin de l'instance. La Cour de cassation a décidé en ce sens qu'il devait y être maintenu comme partie nécessaire. Cass. 6 août 1879 (J. P. 1880, p. 461). Peu importe qu'il ait pris des conclusions qualifiées d'intervention en faveur de l'adversaire de la commune ; dans ce cas le tribunal peut les rejeter comme non recevables ou mal fondées, en tenir compte dans la mesure où elles lui paraissent justifiées, mais il ne peut prononcer sa mise hors de cause. Le maire a le droit sous sa

responsabilité d'adopter dans la conduite du procès telle attitude qui lui plaît.

Est-il nécessaire que l'initiative de la mise en cause de la commune soit prise par le contribuable?

Un arrêt de la cour de Riom, du 10 fév. 1873 (J. P. 1873, 597) décide avec raison que cette mise en cause peut résulter valablement d'une circonstance même étrangère à l'action directe et personnelle du contribuable. Dans l'espèce, l'arrêté du conseil de préfecture lui permettant d'exercer l'action de la commune autorisait en même temps le maire à figurer dans l'instance. Plus tard, un tiers ayant des intérêts identiques à ceux du contribuable était également intervenu ; la commune mise en cause d'office par l'arrêté du conseil de Préfecture, y était valablement sans que le premier contribuable ou le tiers intervenant eussent à prendre des conclusions en ce sens. Mais les motifs de cet arrêt nous paraissent aller trop loin en décidant d'une manière générale que la mise en cause de la commune n'est pas prescrite à peine de nullité.

Le contraire résulte d'un arrêt de la cour de Montpellier d'après lequel c'est là « un moyen péremptoire, préjudiciel et d'ordre public, auquel ne peut s'appliquer les articles 173 et 186 du Code de procédure civile. » (Ces articles visent les exceptions de procédure qui sont couvertes si elles ne sont proposées avant toute défense et exception autre que les exceptions d'incompétence).

Il en résulte que si cette condition n'est pas remplie le contribuable est sans qualité et que ce défaut peut lui être opposée pour la première fois en appel. Il ne peut d'ailleurs pour réparer ce vice, mettre la commune en cause *de plano* devant la cour, la commune ne pouvant être privée du premier degré de juridiction. (Montpellier, 24 mars 1873, J. P. 75, p. 1113).

Les mêmes principes s'appliqueraient devant la cour de cassation.

Remarquons toutefois qu'il ne serait pas exact de voir dans la non-mise en cause de la commune une nullité d'ordre public ; il s'agit d'un défaut de qualité du contribuable qui par suite ne serait pas admis à l'invoquer pour s'en faire un grief contre les jugements intervenus.

III. — Il faut enfin que le contribuable agisse à ses frais et risques (art. 123). Il devra donc prendre l'engagement de payer les frais du procès, non seulement ceux qu'il expose, mais ceux faits par la commune mise en cause. C'est là une condition absolue. Nous pensons donc avec M. Ducrocq (1), contrairement à l'avis de M. Morgand (2) qu'il en serait ainsi alors même que la commune prendrait des conclusions positives et interviendrait au débat. La loi ne fait aucune distinction.

L'article 47 du projet de loi présenté le 14 sep-

(1) A son cours.

(2) Commentaire sur la loi municipale.

tembre 1831 (Moniteur du 15) était ainsi conçu :

« Dans tous les cas, l'autorisation doit être accordée si plusieurs habitants offrent *sous caution* de se charger personnellement des frais du procès de répondre des condamnations qui seraient prononcées contre la commune ou la section. Le conseil de Préfecture est juge de l'insuffisance de la caution. »

Le rapport de M. Vivien donnait sur cette disposition les explications suivantes. « Nous vous proposons de tracer les règles à cet égard, mais en même temps d'exiger une caution de la part des auxiliaires de la commune et l'engagement formel de répondre des condamnations qui pourraient être prononcées contre elle. »

Le projet présenté le 27 février 1834 modifiait sur ce point celui de 1831. « Toutefois chaque habitant aura le droit d'exercer à ses frais et risques les actions qu'il croirait devoir appartenir à la commune. » C'est cette rédaction qui a passé dans les lois de 1837 et de 1884.

La nécessité de fournir caution n'a donc pas été maintenue à la charge du contribuable. Il nous semble qu'on ne pourrait pas davantage exiger de lui la consignation préalable du montant des frais de l'instance. L'obligation d'une garantie personnelle à fournir ayant été expressément effacée du texte de la loi, il est impossible d'exiger, sans un

texte formel, une garantie réelle (1).

Les articles 166 et 167 du Code de procédure dispensent l'étranger demandeur de fournir la caution *judicatum solvi* au cas de consignation du montant présumé des frais de l'instance fixé par un jugement préparatoire. On ne peut étendre l'application de ces articles à une hypothèse qu'ils ne prévoient pas. Aucun jugement, croyons nous, ne s'est prononcé sur cette question qui ne présente pas d'ailleurs un grand intérêt. L'autorité supérieure pourrait toujours refuser l'autorisation si la solvabilité du contribuable ne lui paraissait pas suffisante.

— Il nous reste à donner quelques explications sur les droits respectifs dans l'instance de la commune et du contribuable, sur les conséquences du procès à leur égard. Nous avons vu que ce dernier ne la représentait pas, qu'il agissait à côté d'elle, à la fois dans son intérêt personnel et dans le sien. L'indépendance absolue de leur action respective a été consacrée par la Cour de cassation. Elle a reconnu à la commune le droit d'exercer tous les recours qui lui sont légalement ouverts, sans que les déchéances encourues par le contribuable puissent lui être opposées, notamment celui de se pourvoir en cassation de son chef contre le jugement, contre lequel s'est déjà pourvu le contribuable. Cass. 31 déc. 1855:

« Attendu que le contribuable, autorisé par la

(1) En ce sens Chauveau, Journal de droit administ., *contra* Morgand.

« disposition précitée à exercer les actions de la
« commune qui refuse d'agir elle-même, *n'a pas*
« *mandat de représenter cette commune et ne la repré-*
« *sente pas en effet*; qu'il est tenu de la mettre en
« cause afin qu'elle se trouve personnellement dans
« l'instance pour y proposer ses moyens et y défen-
« dre ses intérêts.

« Attendu dès lors que la commune et le contri-
« buable ont des rôles distincts et constituent deux
« personnes différentes; que c'est d'ailleurs l'inté-
« rêt de la commune qui prédomine puisque le droit
« et l'action du contribuable dérivent nécessaire-
« ment de l'intérêt communal; qu'ainsi le recours
« du contribuable à une voie de réformation ou
« d'annulation contre la décision intervenue sur son
« action n'exclut en aucune façon, jusqu'à la déci-
« sion à intervenir après la mise en cause de la
« commune, sur ce même recours, l'exercice d'un
« droit semblable de la part de la commune elle-
« même; et que, par conséquent, les déchéances en-
« courues par le contribuable personnellement, sont
« sans effet à l'égard de la commune qui se trouve
« dans les conditions et dans les délais d'une voie
« légale de recours.

« D'où il suit que la commune de Vagney a pu
« utilement se pourvoir en cassation contre le ju-
« gement déjà attaqué par le contribuable, avant
« qu'il eût été statué sur le pourvoi de celui-ci,

« en présence ou après la mise en cause de cette
« commune. »

Il ne faudrait pas conclure de là, que le contribuable et la commune soient étrangers l'un à l'autre. Le contribuable agit au nom de la commune : le même arrêt en tire cette conséquence que les moyens qu'il propose ne sauraient être considérés comme étrangers à la commune ni constituer des moyens nouveaux pour elle. On peut donc généraliser cette décision et admettre que la commune profite de tous les actes faits par le contribuable.

Nous ajouterons enfin que la commune reste maîtresse du droit, qu'elle peut par suite, tant que dure l'instance et sauf accomplissement des formalités prescrites, en disposer sans que le contribuable ait qualité pour s'y opposer. La Cour de Pau a appliqué ce principe au cas d'une transaction consentie durant l'instance par la commune (Pau, 1^{er} mai 1872. D. 1874. 5. 105).

— La décision rendue, dit l'article 123, a effet à l'égard de la commune. Il peut difficilement en être autrement puisqu'elle est présente aux débats et que le jugement statuera tant à son égard qu'à l'égard du contribuable.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'AUTORISATION DE PLAIDER NÉCESSAIRE A LA COMMUNE OU AU CONTRIBUABLE

CHAPITRE I.

HISTORIQUE.

L'intervention du pouvoir central dans les actes de la vie civile des communes remonte très haut dans notre histoire. Nous savons que leur patrimoine provient en partie des concessions des seigneurs et il est permis de croire que ceux-ci devaient profiter de l'absence de toutes règles fixes pour s'ingérer dans l'administration de leurs biens. Plus tard, des chartes ou des coutumes précisèrent d'une façon différente suivant les temps et suivant les lieux, la mesure dans laquelle leur intervention s'exercerait. Lapoix de Freminville (Traité des biens des communautés d'habitants, p. 186) nous indique comme une règle dont l'origine doit être très ancienne, que les habitants ne se pouvaient assembler pour traiter de leurs affaires sans la permission de leur seigneur ;

mais c'est là une mesure plutôt d'ordre public que de protection des communautés.

L'ordonnance de 1256 (*V. supra*, p. 103) précise les conditions dans lesquelles sont autorisés les voyages à la cour des maires du royaume pour les affaires de la commune. C'est la première mesure de protection prise par l'autorité centrale contre les dépenses excessives des officiers municipaux.

Pour la première fois l'édit de 1683 fait apparaître l'action du pouvoir royal. Il intervient après règlement par le roi, des dettes de certaines villes et communautés obérées qui avaient abusé de la liberté qui leur était précédemment accordée. Son but est nettement indiqué dans le préambule.

« Quoique nous ayons la satisfaction de voir la
« plus grande partie des généralités de notre royaume
« jouir du bien que nous leur avons procuré par
« la liquidation et l'acquittement des dites dettes,
« nous voulons porter nos soins plus avant et les
« empêcher de retomber à l'avenir dans le même désor-
« dre duquel nous les avons tirés en restreignant, par
« un bon règlement, la liberté trop grande que lesdi-
« tes villes et communautés ont eue de s'endetter par le
« passé. »

Comme conséquence, l'édit contient une réglementation détaillée des formalités sans lesquelles les villes ne pourront emprunter, et, comme sanction, le

droit pour les intendants de contrôler leur comptabilité.

C'est dans un but de protection pour les finances des communes, c'est en sa qualité de souverain que le roi intervient dans l'administration des villes du royaume.

Outre la liquidation du passé l'édit comprend des mesures de protection pour l'avenir. Le premier chef vise le cas d'une action dirigée contre la commune.

« Défendons aux créanciers desdites communau-
« tés d'intenter contre elles en la personne des
« maires et échevins, etc., aucunes actions, même
« pour emprunts légitimes, qu'après qu'ils en auront
« obtenu la permission par écrit desdits sieurs in-
« tendants ou commissaires départis, dont ils fe-
« ront donner copie avec l'exploit de demande, à
« peine de nullité de toutes les procédures qui
« pourraient être faites au préjudice et des jugemens
« rendus en conséquence. »

La seconde partie suppose une action intentée par la commune.

« Faisons pareillement défense aux dites commu-
« nautés et à leurs maires, échevins, etc., d'inten-
« ter aucune action ni de commencer aucun procès,
« tant en cause principale que d'appel, et d'ordon-
« ner des députations, sous quelque prétexte que
« ce soit, sans en avoir auparavant obtenu le con-
« sentement des habitants dans une assemblée gé-

« nérale dont l'acte de délibération sera confirmé
« et autorisé d'une permission par écrit du sieur
« commissaire départi en la généralité, lequel ré-
« glera modérément le temps et les dépenses des
« dites députations à proportion des journées aux-
« quelles elles seront par lui limitées. »

Le paragraphe suivant porte que les députations des officiers municipaux doivent être gratuites. Ainsi la commune ne peut ni attaquer ni être attaquée (au moins pour les actions personnelles qui, à cette époque compromettaient le plus gravement leur patrimoine), sans la permission de l'intendant de la province, représentant de l'autorité royale.

Tel est le premier système de protection du patrimoine des communes qui, resté en vigueur sous la révolution, confirmé par un arrêté des consuls du 17 vendémiaire an X, a survécu au moins en principe jusqu'à la loi de 1837. Sur le premier point, dans le cas d'une action intentée par la commune, il n'a pas subi de modification essentielle. La seconde mesure de protection qui mettait les droits des tiers dans les mains de l'autorité centrale devait disparaître avec le principe nouveau de la séparation des pouvoirs. Il faut cependant reconnaître que ce système était logique. Il semblait tout naturel, sous le régime politique en vigueur, d'exiger que l'agresseur et non la commune se munit d'une autorisation. On ne voyait rien de choquant à ce qu'un offi-

cier du roi, commissaire départi ou intendant, put en son nom préjuger le fond d'une contestation.

Postérieurement à l'arrêté des consuls, la jurisprudence du Conseil d'État a mis ce système en harmonie avec le principe nouveau de la séparation des pouvoirs, et la loi de 1837 n'a fait que mettre les textes d'accord avec cette jurisprudence.

L'édit de 1687 vint confirmer le précédent en décidant pour mettre fin aux controverses qu'il avait suscitées qu'il était applicable à toutes communautés d'habitants aussi bien qu'aux villes et gros bourgs fermés.

Les dispositions précédentes, sans doute mal observées, furent renouvelées par la déclaration du 2 octobre 1703, l'édit d'août 1764 et l'arrêt du Conseil du 8 août 1783.

La déclaration du 2 octobre 1703 rend les officiers municipaux responsables de l'omission des formalités prescrites. Le même motif que nous avons déjà vu, est allégué dans le préambule :

« Informés que les maires, échevins, syndics
« chargés de l'administration des affaires des dites
« communautés, abusant de leur pouvoir, les enga-
« gent tous les jours, sous différents prétextes sans
« observer les formalités requises par lesdits édits,
« déclarations et arrêts, dans des procès qui les
« consomment en frais et qui sont toujours jugés au
« désavantage desdites communautés, parce qu'ils
« sont entrepris sans aucun fondement légitime,

« à quoi voulant pourvoir pour empêcher la ruine
« des dites communautés, nous avons cru nécessaire
« de renouveler les défenses portées par lesdits
« édits, etc.

« Voulons et nous plaît que les maires, échevins,
« etc., qui auront entrepris les procès au nom des
« communautés sans être autorisés en la forme ci-
« dessus soient condamnés en leur propre et privé
« nom aux frais desdits procès sans espérance de
« répétition et aux dommages-intérêts des dites
« communautés. »

— L'édit d'août 1764, véritable code municipal, ne s'applique qu'aux villes de 4.500 habitants ou plus. « Si nous avons cru devoir nous expliquer en
« ce moment que sur celle des dites villes et bourgs,
« dont le nombre des habitants rendait cette admi-
« nistration plus importante, nous espérons que
« leur exemple influera sur les autres et rendra leur
« administration plus avantageuse en attendant que
« nous jugions nécessaire d'y donner aussi notre
« attention. »

L'édit porte suppression des offices et fixe les principes généraux qui doivent diriger l'administration des villes.

Les articles 43, 44 et 45 renouvellent les dispositions des règlements antérieurs sur les formalités relatives au procès. L'article 43 en ajoute une nouvelle, sur laquelle nous devons plus spécialement

attirer l'attention, certains auteurs la considérant comme encore en vigueur.

« Les autorisations de plaider ne pourront être
« accordées que sur une requête accompagnée d'une
« consultation d'avocats qui sera annexée à l'ordon-
« nance d'autorisation. »

L'arrêt du Conseil du 8 août 1783 n'introduit aucune disposition nouvelle.

Le principe de l'autorisation est conservé par la loi du 14 décembre 1789 (v. p. 104). Les délibérations en matière de procès à intenter ou à soutenir ne sont exécutoires que sur l'approbation du directoire du département après avis du directoire du district. Ce n'est plus le pouvoir exécutif qui intervient dans l'intérêt du patrimoine de la commune ; c'est l'application de la règle générale de subordination établie par la Constituante entre les diverses administrations qu'elle crée.

M. Ducrocq (1) a parfaitement démontré qu'un des défauts essentiels de l'œuvre de la constituante avait été de confier le droit de contrôle du Gouvernement sur l'administration communale à des corps électifs sur lesquels il n'a aucune action.

Ce système, il est vrai, ne peut avoir dans le cas que nous examinons des conséquences de nature à compromettre le lien de l'unité nationale.

L'autorisation de plaider, nous l'avons vu, n'est justifiée que par la nécessité de sauvegarder les in-

(1) A son cours.

térêts patrimoniaux des générations futures que l'État a pour mission de protéger. On comprend qu'on puisse à la rigueur confier cette mission à son assemblée électorale supérieure. C'est ce qu'a proposé à nouveau en 1872 la commission de décentralisation.

Il nous semble cependant y avoir là quelque chose de contraire aux principes généraux et aux droits inaliénables de l'État. S'il vaut mieux restreindre dans la plus large mesure possible les entraves apportées aux libertés locales, il faut maintenir entre ses mains les prérogatives jugées indispensables.

Il ne faut pas oublier que lorsque l'État intervient pour sauvegarder le patrimoine communal contre les entraînements de ses administrateurs, c'est aussi bien dans son intérêt propre que dans celui des communes. C'est lui qui doit pourvoir au déficit dans les finances communales ; les mêmes contribuables alimentent le budget de la commune et celui de l'État. Il est donc le meilleur juge pour apprécier comment est conduite la gestion des intérêts communaux.

Les lois de l'an V consacrent les mêmes principes en les mettant en harmonie avec les règles nouvelles sur la représentation des communes en justice. C'est l'administration centrale du département qui doit donner l'autorisation après avis de l'administration municipale. Cette dernière est la même pour toutes les communes d'un même canton.

Par la loi du 28 pluviôse an VIII (art. 4) (1) le pouvoir exécutif ressaisit le droit d'intervention que les lois révolutionnaires avaient confié aux corps électifs. On charge de l'exercer non pas un des organes de l'administration active mais, par une dérogation sur les motifs de laquelle nous nous expliquerons plus loin, le conseil de Préfecture, pouvoir judiciaire, créé par la loi nouvelle et connaissant de la majeure partie du contentieux administratif. La loi de pluviôse n'avait pas explicitement formulé la possibilité d'un recours devant le Conseil d'État. La jurisprudence l'admit cependant d'une manière générale contre toutes les décisions des conseils de Préfecture.

Un arrêté des Consuls du 17 vendémiaire an X complète l'organisation de la loi de pluviôse en confirmant la législation de 1683 dans le cas d'une action dirigée contre la commune. Il vise l'édit dont nous avons parlé, en reproduit les termes dans un préambule et décide : « Les créanciers des communes ne pourront intenter contre elles aucune action qu'après qu'ils auront obtenu la permission par écrit du conseil de préfecture sous les peines portées par l'édit du mois d'août 1683. »

Un avis du Conseil d'État du 3 juillet 1806 en pré-

(1) « Le Conseil de préfecture prononcera.... 6° sur les demandes qui seront présentées par les communautés des villes, bourgs ou villages pour être autorisées à plaider. »

cise la portée. Il décide qu'il est applicable seulement en matière de créances chirographaires ou hypothécaires mais non pour former soit au possesseur, soit au pétitoire une action à raison d'un droit de propriété.

Le but de l'arrêté précédent était le même que celui de l'édit de 1683 : donner à l'administration les moyens d'empêcher un procès où elle pensait que la commune devait succomber. En matière personnelle, il lui suffisait de refuser au créancier l'autorisation de plaider et d'inscrire la dette au budget de la commune. Les pouvoirs de l'administration municipale se réduisaient alors à un simple droit de contrôle ; d'après les articles 15 et 9 de la loi de pluviôse an VIII, le conseil municipal délibère seulement, le sous-préfet arrête définitivement le budget de la commune.

Si d'après l'avis du conseil d'Etat cité plus haut, l'arrêté n'était pas applicable en matière réelle c'est qu'une décision judiciaire pouvait seule alors vaincre la résistance de la commune.

Ce système laissait trop de place à l'arbitraire administratif ; c'était une conséquence de la tendance du régime impérial vers l'absorption de tous les pouvoirs par le chef de l'Etat. Sous Louis XIV ou Napoléon, les tendances identiques des deux régimes conduisaient au même résultat.

Il est facile, en effet, de comprendre qu'on aurait pu abuser de ce texte pour refuser au créancier le

droit d'intenter une action que l'administration aurait voulu empêcher.

La jurisprudence du Conseil d'état se montra plus libérale ; malgré les termes de l'arrêté, elle l'entendit en ce sens que c'était là un simple avertissement adressé à l'administration des prétentions dirigées contre la commune sans qu'il lui appartint de mettre obstacle au droit du créancier.

Un grand nombre de décisions de Conseil d'Etat qu'il est inutile de citer car elles n'offrent plus qu'un intérêt historique ont appliqué cette théorie en annulant pour excès de pouvoir des arrêtés de conseils de préfecture qui refusaient au créancier de la commune le droit de porter son action devant les tribunaux.

— La loi du 18 juillet 1837 a mis en quelque sorte les textes d'accord avec la solution de la jurisprudence, en substituant à la demande en autorisation exigée du contribuable par l'arrêté consulaire la formalité d'un mémoire à présenter au préfet, chef de l'administration active dans le département. Ce système avait aussi l'avantage d'être en harmonie avec l'article 13 du titre III de la loi du 5 novembre 1790 dans le cas d'une action dirigée contre l'Etat.

Les règles admises en matière d'autorisation de plaider sont d'ailleurs maintenues mais mieux précisées dans le titre V de la loi consacré tout entier aux actions judiciaires. L'obligation pour la commune défenderesse de se munir d'une autorisation fut l'ob-

jet d'une vive controverse. On était d'accord pour étendre à tout adversaire de la commune créancier ou revendiquant, agissant par action réelle ou personnelle la formalité du mémoire : les mêmes motifs justifiaient dans les deux cas la même solution. On contestait dans ces conditions l'utilité d'une autorisation, qui, disait-on, avait pour effet de soumettre la commune à une condamnation par défaut presque forcée au lieu d'un débat contradictoire qui aurait pu tourner à son avantage (Rapport de M. Vivien à la chambre des députés. Moniteur du 1 mai 1836).

En faveur de la solution contraire on faisait valoir qu'un procès défendu à tort pouvait causer à la commune le même préjudice qu'une action intentée injustement, qu'il lui serait facile de forcer son adversaire à prendre l'initiative et d'éluder ainsi dans tous les cas la nécessité d'une autorisation. On peut ajouter que la décision du conseil de préfecture sur la portée de laquelle nous aurons à revenir, forcera la commune à réfléchir, et à transiger ou à acquiescer si la demande est évidemment justifiée. D'ailleurs les frais d'une action par défaut seront dans tous les cas beaucoup moins élevés que ceux d'une sentence contradictoire.

Le projet de loi relatif à l'administration intérieure discuté en 1850 dont nous avons déjà cité deux dispositions remplaçait l'autorisation du conseil de Préfecture par celle du préfet *de l'avis du conseil de Préfecture*. Le rapport délibéré et adopté

les 10 et 18 décembre 1850 par le conseil d'Etat nommé par l'assemblée constituante, donnait les motifs suivants en faveur de cette substitution. Il fait observer que « le conseil de préfecture décidait
« comme en matière contentieuse bien qu'il s'agit
« d'un pouvoir purement administratif ; il avait donc
« en cette matière une autorité plus absolue que le conseil d'Etat. » Le préfet étant, d'après la disposition adoptée, obligé de prononcer conformément à l'avis du conseil de préfecture, nous ne voyons dans ce changement qu'une modification sans aucune importance. Le projet n'a d'ailleurs pas reçu par suite des événements politiques la sanction législative.

Dans le tableau A du décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation administrative, attribuant au préfet le droit de statuer sur toutes les affaires qui jusqu'à ce jour exigeaient la décision du chef de l'Etat et du ministre de l'intérieur sont portées sous le § 5 « les autorisations d'ester en justice. » Cet article n'était pas applicable aux communes, il y a une grande différence entre les décisions des conseils de préfecture en matière d'autorisation de plaider et les décisions du préfet en conseil de préfecture. De plus jamais le ministre de l'intérieur n'a été compétent dans ce cas. En réalité le § 5 vise les actions intentées par ou contre le département, qui d'après l'art. 36 de la loi de 1838 devaient être autorisées par une ordonnance royale, le conseil d'Etat entendu.

Le § 55 du tableau A donnant compétence au pré-

fet sur tous les objets d'administration départementale, communale ou d'assistance publique n'était pas davantage applicable. En effet le décret accordait expressément au préfet le droit de statuer sur les actions relatives au département. Son silence vis-à-vis de la commune montrait bien qu'elle restait soumise à la législation antérieure. (Voir en ce sens Chauveau, *Journal de droit administratif* 1853 p. 480).

Pas plus que les textes que nous venons de citer, les diverses lois d'attributions municipales qui se sont succédé jusqu'en 1884 n'ont apporté de modification à la législation de 1837.

La loi du 5 avril 1884 qui nous régit actuellement à la fois loi d'organisation et d'attributions en conserve les traits généraux (1). Nous étudierons, en même temps que cette loi, les modifications de détail qu'elle a apportées à la législation antérieure.

(1) M. Cunéo d'Ornano avait déposé un amendement tendant à la suppression de l'autorisation de plaider. Il n'a pas été soutenu (séance du 29 octobre 1883. *J. off.* du 30).

CHAPITRE II

NATURE DE L'AUTORISATION DE PLAIDER.

SECTION I. — *Par qui doit être donnée l'autorisation ?*

Nous avons déjà indiqué dans l'aperçu historique qui précède, la raison d'être de l'autorisation de plaider. Le but de cette institution est toujours resté le même depuis l'édit de 1683, sous les lois de pluviöse an VIII, de 1837 ou de 1884. L'autorité chargée de l'accorder est, depuis la loi de pluviöse an VIII, le conseil de préfecture, statuant sauf recours au conseil d'Etat.

Ce n'est pas seulement pour les procès, c'est aussi pour tous les actes de la vie civile des communes que l'Etat intervient. Pour ces derniers, le préfet ou le ministre de l'intérieur suivant les cas donnent leur approbation. Si, pour les actions en justice, la mission d'autorisation n'est pas confiée à un agent d'exécution, c'est que la question de savoir si le procès est justifié, si les conditions de l'autorisation ont été remplies, soulève en général des difficultés assez graves que les conseils administratifs, par la nature de leurs fonctions, sont plus particulièrement aptes à juger.

Nous remarquerons que le conseil de préfecture statue avec un pouvoir propre, sans que sa décision une fois rendue puisse être modifiée ou infirmée par un autre pouvoir. Pour ses autres attributions non contentieuses, sa décision ne constitue qu'un simple avis que le préfet est tenu de prendre dans certains cas à peine d'excès de pouvoirs, mais à laquelle il peut ne pas se conformer.

Le conseil d'Etat, au contraire, a toujours rendu dans cette matière des ordonnances ou des décrets qui ne sont exécutoires qu'après avoir été revêtues de la signature du chef de l'Etat. C'est là une anomalie plutôt dans la forme que dans le fond. Le Président de la République ne peut en effet modifier le projet de décret qui lui est soumis.

SECTION II. — *Forme et caractère des décisions rendues en matière d'autorisation de plaider.*

En confiant l'exercice de l'autorisation au Conseil de Préfecture, la loi de l'an VIII contenait implicitement les conséquences que la législation postérieure n'a fait qu'appliquer. Elle lui déléguait la mission de contrôle confiée autrefois à l'intendant. Aussi la jurisprudence admit-elle immédiatement le caractère non contentieux de ces décisions, tant au point de vue de leur forme que de leurs effets.

Il est vrai que le Conseil d'Etat reçut par la voie contentieuse des recours contre des arrêtés de refus

mais ce fut plutôt à titre de supérieur hiérarchique que comme tribunal d'appel. Si la forme suivie dans ce cas était la même que pour les affaires contentieuses, cela tenait à l'absence d'un règlement spécial.

Cette lacune fut comblée par une ordonnance de 1832 dont les motifs sont exprimés dans le préambule. « Considérant que les autorisations de plaider, « demandées par les communes, sont des actes de « tutelle qui n'appartiennent point à la juridiction « contentieuse... ; notre ordonnance du 2 février « dernier n'est point applicable aux autorisations de « plaider demandées par les communes ou établis- « sements publics. »

L'article 17 § 4 de l'ordonnance du 18 septembre 1839 charge le comité de législation de préparer les projets d'ordonnances sur les autorisations de plaider demandées par les communes.

Le décret du 21 août 1872 portant règlement intérieur du Conseil d'Etat, en attribue la connaissance à la section de l'intérieur, justice, instruction publique, cultes et beaux-arts.

Enfin le décret du 2 août 1879, article 7, décide que l'affaire sera examinée en assemblée générale, si le ministre, le président de section ou la section le demandent.

C'est donc dans les sections administratives du Conseil d'Etat que sont actuellement examinées les demandes en autorisation de plaider. La loi muni-

cipale, à l'imitation de celle de 1837, le dit d'ailleurs en termes formels (Art. 126 § 3. L. 5 avril 1884. — Art. 50 § 2. L. 18 juillet 1837). « Le pourvoi est introduit et jugé en la forme administrative. »

Pour les décisions des conseils de préfecture, elle garde le silence ; c'est un renvoi aux formes ordinaires, suivant lesquelles ils statuent en matière non contentieuse.

SECTION III. — *Conséquences de la nature de l'acte d'autorisation.*

Nous avons dit que l'autorisation était un acte administratif et non un acte de juridiction. De là découlent des conséquences importantes : 1° au point de vue de l'étendue de la mission confiée aux conseils administratifs ; 2° au point de vue des effets de l'acte administratif vis-à-vis des parties en cause, des tiers ou du tribunal saisi du débat ; 3° au point de vue de la forme extérieure des décisions rendues. Nous allons en examiner quelques-unes en laissant de côté toutes celles qui se rapportent à la manière dont ces décisions peuvent être attaquées.

§ I. — Au point de vue de l'étendue de la mission confiée aux conseils administratifs il en résulte qu'ils doivent se borner à accorder ou à refuser l'au-

torisation sans que, dans aucun cas, ils puissent juger eux-mêmes le fond de la contestation (1).

Cette conséquence est évidente au cas d'incompétence sur le fond de la question ; mais il en serait de même dans le cas où ils pourraient en connaître. Ceci se produirait, par exemple, si une commune demandait à un conseil de préfecture l'autorisation de porter devant l'autorité judiciaire une contestation pour laquelle ce conseil serait lui-même compétent. Le motif est facile à comprendre. Il n'appartient pas à un tribunal de se saisir d'une contestation sur laquelle il n'est pas appelé à se prononcer par l'intervention directe des parties. Si donc la commune sollicitait, en même temps que l'autorisation, une décision au fond il pourrait y faire droit ; mais il y aurait en réalité deux décisions, l'une sur la demande en autorisation, l'autre sur les conclusions subsidiaires de la commune. Ce que nous venons de dire s'appliquerait aussi à des questions connexes administratives. Le conseil n'aurait pas non plus qualité pour les trancher en accordant l'autorisation sur la question de fond.

Nous citerons en ce sens deux décisions du 9 février 1850 (D. 50, 3, 40) et du 11 juillet 1845 (C^{no} de Villeneuve). Il s'agissait dans l'espèce de l'in-

(1) En ce sens, notamment : Conseil d'Etat, 27 décembre 1858, commune d'Urcay. 14 juin 1861, commune de Daigny. 3 juillet 1861, Goga. 19 mai 1866, ville de Paris. 7 août 1869, commune de Coppel. 11 août 1873, Barbaste. 14 mai 1873, Belvis. 8 juin 1877, La Bourboule.

interprétation d'actes ayant préparé et consommé une vente nationale.

— Il est clair que le dispositif seul de la décision du conseil de préfecture ou du Conseil d'État doit être envisagé (1) ; nous verrons plus loin dans quelles limites les motifs de leurs décisions peuvent préjuger la question de fond.

Dans tous les cas, ils doivent donner une solution à la demande qui leur est soumise et par suite ne peuvent se déclarer incompétents (2).

Dans certains cas cependant, ils déclarent qu'il n'y a lieu à statuer (3), par exemple en cas de désistement ou de transaction consentis par la commune.

§ 2. — Vis-à-vis de l'adversaire de la commune ou d'un tiers, la décision en matière d'autorisation de plaider ne saurait avoir aucun effet.

La seule conséquence que nous voulions en déduire pour le moment, solution consacrée par quelques arrêts du Conseil d'État, c'est que dans aucun cas une décision semblable ne saurait ordonner de mesures d'exécution obligatoires pour des tiers, adversaires de la commune ou autres. Ceci ne fait pas d'ailleurs obstacle au droit pour les Conseils administratifs de prendre en vue de s'éclairer telles mesures d'instruction qu'ils jugeraient utiles.

(1) 14 janvier 1841, St-Waast Dieppedale.

(2) Si l'autorité que la commune veut saisir est incompétente le conseil refuse l'autorisation 10 juin 1872 (C^e de Restigne).

(3) Notamment 23 juillet 1853 (Coulommiers).

Vis-à-vis de la commune, du caractère d'acte administratif de l'autorisation résulte, pour le Conseil de préfecture ou le Conseil d'État le droit de rétracter à toute époque une première décision.

Supposons d'abord l'autorisation refusée par le Conseil de préfecture. A toute époque il pourra d'après nous revenir sur sa décision. C'est là une conséquence de ce fait que l'arrêté de refus ne crée de droit pour personne, ni pour la commune ni pour l'adversaire qu'elle ne concerne pas. Une objection a été faite. D'après l'article 50 de la loi de 1837 un délai de trois mois était imparti à la commune pour se pourvoir devant le Conseil d'État. Il a été réduit à deux mois par l'article 126 de la loi de 1884. Si donc la commune laisse expirer le délai du pourvoi pourra-t-elle former une nouvelle demande devant le Conseil de préfecture suivie d'un nouveau recours au Conseil d'État ?

Nous pensons, bien que l'opinion contraire soit généralement admise, que la nouvelle demande devra être examinée. C'est en ce sens que se prononçaient diverses décisions du Conseil d'État (1) notamment celle du 29 janvier 1840 (C^{no} de Villeneuve-d'Agen).

« Considérant que les arrêtés des conseils de pré-
« fecture portant refus d'autoriser les communes à
« plaider constituent non des jugements mais de
« simples actes de tutelle administrative, sur les-
« quels lesdits conseils peuvent revenir après un

(1) V. 22 février 1838 (Serre).

« nouvel examen des pièces et documents relatifs au
« débat.... »

La possibilité de former un pourvoi au Conseil d'État contre la nouvelle décision du conseil de préfecture ne nous paraît devoir exercer aucune influence sur la question de savoir si le conseil de préfecture doit examiner la seconde demande au fond, ou la rejeter purement et simplement comme non recevable.

L'ordonnance du 1^{er} juillet 1839 (C^{ae} du Bourg St-Léonard), sur laquelle M. Reverchon (1) appuie la solution contraire est intervenue précisément dans le cas d'un pourvoi au conseil d'État contre une seconde décision du Conseil de préfecture. Que la demande soit rejetée comme non recevable, ou au contraire comme mal fondée la procédure sera la même dans les deux cas. Il nous paraît plus conforme à la mission de protection des Conseils administratifs de leur permettre de revenir sur leur décision. Il est évident d'ailleurs qu'il n'en sera ainsi que lorsqu'un fait nouveau viendra justifier la seconde demande, car on conçoit difficilement un conseil revenant sans aucun motif sur une décision antérieure.

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait précisément des moyens nouveaux, c'est-à-dire des motifs différents invoqués par la commune à l'appui de ses prétentions. Il suffirait que d'après les circonstances ou même d'après un examen plus approfondi des titres versés

(1) V. Reverchon, p. 149.

aux débats, le Conseil juge le moment plus opportun pour accorder l'autorisation.

D'après ce que nous venons de dire, nous ne regarderions pas un refus d'autorisation émané du Conseil d'État comme faisant obstacle à ce que la commune sollicite une nouvelle décision du Conseil de préfecture.

La nature de l'acte d'autorisation rend inapplicables les principes ordinaires sur l'autorité de la chose jugée. Il est d'ailleurs certain que le Conseil d'État ne pouvant agir dans l'espèce que comme supérieur hiérarchique et pour réformer une décision du conseil de préfecture, il ne pourrait dans aucun cas être saisi directement d'une seconde demande.

— Il nous reste à examiner si l'autorisation donnée par le Conseil de préfecture ou le Conseil d'État constitue un droit acquis pour la commune ?

On a voulu assimiler cette situation à celle qui résulte d'une autorisation de passer un contrat accordée à la commune. Dans ce dernier cas, le conseil d'État a eu souvent l'occasion d'annuler pour excès de pouvoirs des décisions de préfets, rétractant au préjudice de tiers des contrats exécutés. On peut citer en ce sens une décision du Conseil d'État du 2 mars 1877 (Institut catholique de Lille). Mais le rapport de M. David, commissaire du gouvernement explique et limite les cas d'application de cette jurisprudence.

« Discrétionnaire de sa nature, l'acte de tutelle
« administrative est également révocable *du moins*
« *ab initio* soit par le conseil au contentieux sur le
« recours pour excès de pouvoirs, soit par ce motif
« ou pour tout autre, par l'autorité administrative
« d'où il émane. Mais ce principe, pour exister *ab*
« *initio*, n'est pas illimité dans son application. Il
« s'arrête naturellement à l'exécution même de ces
« actes *devant les droits qui en sont sortis*, alors que
« ces droits ressortissent, soit de l'autorité judiciaire,
« soit d'une juridiction spéciale dans l'ordre admi-
« nistratif ».

C'est donc sur le contrat lui-même, sur les droits qui en résulteraient pour les tiers que les décisions annulées prétendaient revenir : c'est seulement dans ces conditions qu'elles contiennent, de l'avis du Conseil d'Etat, un excès de pouvoirs.

Nous reconnaissons que, dans la même hypothèse, lorsque l'instance se sera engagée entre les parties, lorsque le quasi-contrat judiciaire se sera formé, le conseil de préfecture ne pourra, au préjudice des parties en cause, revenir sur une décision, source de droits acquis.

Mais cette jurisprudence du Conseil d'Etat semble, au contraire, préjuger en faveur de la négative, la question de savoir si avant le début de l'instance, il y a dans la décision l'autorisant, droit acquis pour la commune. Malgré cela nous n'hésitons pas à nous prononcer en faveur de l'affirmative. Il nous semble

que le conseil de préfecture ne peut prononcer une autorisation que sur la demande de la commune, régulièrement représentée par son maire, habilité par le conseil municipal. Une fois sa décision rendue, il est dessaisi, car la commune n'a ni qualité ni intérêt pour demander la rétractation d'une autorisation dont elle est toujours libre de ne pas user. Le seul effet de la décision du conseil est de la relever de son incapacité.

C'est d'ailleurs une solution qui nous paraît en harmonie avec la loi nouvelle. Les articles 121 et 127 prévoient le cas d'une autorisation tacite du conseil de préfecture ou du Conseil d'Etat, résultant de l'expiration d'un délai prefix, et dont les effets sont les mêmes que ceux de l'autorisation de plaider. C'est là en quelque sorte une autorisation légale qui n'est évidemment pas susceptible de rétractation. *A fortiori*, doit-il en être de même au cas d'autorisation expresse.

§ 3. — Une autre conséquence résultant, vis-à-vis du tribunal saisi du procès, de la nature de l'autorisation, est mise en lumière par un arrêt de la Cour de Chambéry du 20 janvier 1873 (J. P. 75 p. 1249).

Sur le fond de la question, sur le point qui fait l'objet du débat, le juge reste absolument libre dans son appréciation. Ce point ne soulève pas de difficultés.

En serait-il de même pour une question tranchée implicitement par l'arrêté des conseils administra-

tifs, pour une question de compétence par exemple? On comprend en effet, que si le conseil de préfecture accorde à une commune l'autorisation de porter une contestation devant l'autorité judiciaire, c'est qu'il regarde cette juridiction comme compétente. La Cour de Chambéry a jugé avec raison qu'il y avait là un simple préavis qui ne préjugait pas la décision du tribunal. Il s'agissait dans l'espèce, d'une action en responsabilité dirigée contre un maire à raison d'actes faits par lui dans l'exercice de ses fonctions. Le tribunal de St-Jean-de-Maurienne, dont la décision confirmée par la Cour, tranche une question très controversée, déclare son incompétence, par ce motif qu'il y aurait lieu pour l'autorité judiciaire d'apprécier la validité d'un acte administratif. Incidemment il écarte l'objection tirée de ce que l'autorisation de plaider donnée à la commune aurait préjugé la question de compétence. Il faut cependant reconnaître qu'elle contient autre chose qu'un préavis. Elle suppose évidemment résolue la question de compétence, sans engager pour cela la décision de l'autorité judiciaire.

§ 4. — Il nous reste enfin à examiner les conséquences résultant du caractère de l'autorisation quant à la forme extérieure des décisions rendues en cette matière.

En ce qui concerne les arrêtés par lesquels le conseil de préfecture accorde l'autorisation, la jurisprudence du conseil d'Etat en a conclu qu'ils ne

devaient pas être motivés. C'est là, nous l'avons dit, un acte dans l'intérêt exclusif de la commune qui ne doit pas avoir d'effet vis à vis des tiers. On a craint d'arriver indirectement à ce résultat si on permettait aux conseils de préfecture par des motifs tirés du fond de peser sur la décision ultérieure du juge. On peut d'ailleurs tirer un argument *a contrario* des articles 53 de la loi de 1837 ou 126 § 1 de la loi de 1884 d'après lesquels « toute décision du conseil de préfecture portant refus d'autorisation doit être motivée. »

Dans le même but le conseil d'Etat évite en général de motiver les arrêtés d'autorisation. Il l'a fait quelquefois en vue d'éclairer les communes pour des affaires où les motifs donnés n'avaient pas trait au fond du litige (tels par exemple que l'incompétence de l'autorité judiciaire). Mais par une décision prise en 1883 (1) il a décidé d'une manière générale que les arrêtés d'autorisation ne seraient plus motivés.

Pour les arrêtés de refus du conseil de préfecture on a jugé utile de donner une garantie aux communes. La question a fait lors de la rédaction de la loi de 1837 l'objet d'une vive discussion (2).

Il n'y avait pas à craindre comme au cas d'autorisation que les motifs allégués puissent influencer sur la

(1) Cons. d'Etat, section de l'intérieur, 5 décembre 1883, C^{no} de Vitré.

(2) Séance de la Chambre des députés du 11 février 1837, *Monit.* du 12.

décision du tribunal saisi puisque le refus d'autorisation avait précisément pour effet d'empêcher le procès d'avoir lieu. Il était plus naturel et plus conforme au but poursuivi par la loi d'éclairer la commune sur les motifs qui mettaient obstacle, au moins pour le moment, à l'exercice de son droit. L'amendement déposé en ce sens fut adopté et il a passé sans autre discussion dans la loi de 1884.

Après des variations de jurisprudence nombreuses (1), le conseil d'Etat avait, dans sa séance du 18 décembre 1839, décidé par analogie de la règle admise pour le conseil de préfecture que ses arrêtés de refus seraient motivés.

Mais, dans la crainte de paraître préjuger le fond de la contestation, les motifs donnés sont le plus souvent insignifiants. La formule la plus usitée est la suivante : « Considérant que l'action en justice que
« la commune de Sussac se proposait d'intenter au
« sieur Desclaud ne présente pas de chances suffi-
« santes de succès » — Rejet. (1^{er} mars 1883, commune de Sussac).

Le conseil d'Etat ne donne des motifs plus sérieux que lorsqu'ils sont étrangers au fond du droit. Nous citerons comme exemple un arrêt de refus fondé sur l'incompétence de l'autorité judiciaire :

« Considérant que les bois communaux soumis au
« régime forestier ne peuvent être ni aliénés, ni

(1) V. Reverchon, *loco citato*, p. 218.

« partagés, qu'autant que la vente ou le partage ont
« été autorisés par un décret.

« Considérant que la commune de Deville ne jus-
« tifie pas que le partage des bois communaux dont
« elle est copropriétaire avec la commune des Ma-
« zures et autres ait été l'objet d'une autorisation
« régulière; que dans ces conditions l'autorité ju-
« diciaire ne pourrait être utilement saisie d'une
« action en partage dirigée contre les communes
« copropriétaires » Rejet.

On peut citer des motifs se rapportant davantage
à l'objet même du litige dans les arrêts du 19 octo-
bre 1880 (commune de Saint-Théodorit) et 13 no-
vembre 1880 (commune de Fortan et commune de
Cazaux-Savès).

CHAPITRE III

ACTIONS POUR LESQUELLES EST NÉCESSAIRE L'AUTORISATION DE PLAIDER.

TITRE I. — *Pour la commune.*

On sait qu'il existe deux contentieux, le contentieux judiciaire et le contentieux administratif.

Celui-ci comprend les contestations portées soit devant les agents du pouvoir exécutif, soit devant les nombreux conseils administratifs, conseils de préfecture ou conseils spéciaux.

Le contentieux judiciaire comprend les juridictions civiles, commerciales et criminelles. Les communes, en qualité de personnes morales, peuvent être appelées devant l'une quelconque de ces juridictions.

§ 1. — On s'accorde à reconnaître que l'autorisation n'est pas exigée pour toutes les contestations de l'ordre administratif. C'est là une tradition constante que la loi de 1884 n'a fait que confirmer. L'observation en a été faite à la séance du Sénat du 12 mars 1884.

Nous n'invoquerons pas en ce sens le chapitre II du titre IV de la loi, intitulé de même que le titre I

de la loi de 1837 « des actions judiciaires », nous verrons que dans l'article 128 les mêmes expressions comprennent les deux contentieux. Mais la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, formelle dans ce sens, jointe à l'observation indiquée plus haut, montre que la loi de 1884 doit être interprétée comme celle de 1837.

Quels sont les motifs qui justifient cette restriction ? On en a indiqué de deux ordres différents : Il y a, a-t-on dit en premier lieu, incompatibilité entre la mission d'autoriser et celle de juger le fond du procès. La même autorité ne peut être chargée de deux rôles à la fois. Or, il ne faut pas oublier que le Conseil d'Etat connaît directement ou en appel du contentieux administratif. L'autorisation implique dans bien des cas la solution du procès. La décision du conseil, s'il avait à connaître du fond de l'affaire serait invinciblement préjugée par le premier avis qu'il aurait émis.

La difficulté serait la même au cas où le conseil de préfecture aurait à autoriser une commune à porter une contestation devant lui-même, statuant comme juge du contentieux administratif.

Ce motif ne nous paraît d'ailleurs suffisant que lorsque l'affaire revient devant la même juridiction. L'autorisation en effet ne préjuge pas d'une façon absolue le bien fondé de la demande, mais ne constitue qu'une simple présomption en sa faveur ; aussi nous pensons qu'un tribunal différent d'ordre infé-

rieur ou supérieur pourrait statuer avec une entière indépendance même après que l'autorisation aurait été accordée.

Si nous restreignons dans ces limites un motif invoqué souvent d'une façon générale, c'est que la situation est bien différente lorsque la juridiction saisie est précisément celle qui a donné l'autorisation ; dans ce cas on comprend facilement l'effet moral qui pourrait lui enlever, au préjudice des tiers, sa liberté d'action.

Un tribunal hésiterait à rejeter une demande qu'il avait précédemment jugée soutenable. Si le motif, tel qu'on le présente en général, était exact, ce serait un grief contre l'autorisation de plaider. Dans tous les cas, une décision du Conseil d'Etat pourrait exercer sur un juge placé dans l'ordre inférieur de la hiérarchie judiciaire, un juge de paix par exemple, une influence au moins égale à celle qu'elle aurait sur un conseil de préfecture.

On pourrait, il est vrai, pour éviter l'inconvénient que nous venons de signaler, donner, dans ce cas, à un agent actif de l'administration le droit d'autorisation. Mais tous les agents actifs, préfets ou ministres, qui sembleraient désignés, ont aussi des attributions contentieuses et par suite les mêmes inconvénients se reproduiraient.

Des considérations d'un autre ordre viennent justifier la même solution. Le but de l'autorisation est d'éviter à la commune des frais souvent considéra-

bles devant l'autorité judiciaire. Il n'en est plus de même devant la juridiction administrative où la procédure est le plus souvent peu coûteuse. Dans quelques cas exceptionnels, pour une contestation exigeant une expertise par exemple, il peut en être différemment, mais alors la demande en autorisation, pour être accordée à la commune en connaissance de cause, nécessiterait comme instruction préparatoire les mêmes mesures que la demande principale.

§ 2. — Les actions judiciaires auxquelles seules s'applique, comme nous venons de le voir, le principe de l'autorisation, comprennent les instances civiles, commerciales et criminelles. L'autorisation est-elle exigée pour toutes ? Pour les deux premières catégories, la question n'a jamais fait de doute. C'est celles que vise directement l'article 121 : « Nulle commune ou section de commune ne peut « ester en justice sans y être autorisée par le conseil « de préfecture. »

En est-il de même des instances criminelles ? Une commune peut-elle, en matière pénale, ester en justice, soit comme demanderesse soit comme défenderesse, sans autorisation ?

Nous avons d'abord à nous expliquer sur la possibilité de cette hypothèse. Sans entrer dans des développements qui touchent plutôt à l'étude de la responsabilité des communes et qui sortiraient du

cadre de notre travail, nous rappellerons les principes admis.

Il est certain qu'une commune ne peut se rendre coupable d'un véritable délit. L'acte délictueux suppose le fait personnel et conscient de l'agent qui le commet, ce qui est absolument inapplicable à une personne morale dont l'existence toute fictive n'a d'autre but que de donner satisfaction à certains intérêts.

Ce principe avait été méconnu par le droit ancien, et la loi de vendémiaire an IV, (titre IV, art. 2) semblait y apporter une exception en infligeant dans certains cas une amende aux communes au profit de l'État : « Dans le cas où les habitants d'une commune
« ont pris part aux délits commis sur son territoire
« par des attroupements et rassemblements, cette
« commune est tenue de payer à l'État une amende
« égale au montant de la réparation principale. »

C'était là une anomalie plus apparente que réelle car le véritable débiteur était plutôt les habitants que la commune elle-même (art. 3 et suivants). Elle a disparu d'ailleurs avec la loi de 1884 qui ne conserve le principe de la loi de vendémiaire que dans la mesure des réparations civiles exigées des habitants.

Ce n'est donc que comme partie civile que la commune pourra agir au criminel, soit comme demanderesse soit comme défenderesse.

Comme demanderesse, elle pourra avoir à inter-

venir dans une instance criminelle pour obtenir réparation de délits commis contre elle. Que la commune porte l'action devant la juridiction civile ou qu'elle saisisse accessoirement le tribunal de répression, la solution doit être la même ; la loi ne distingue pas, et il n'y avait aucun motif valable de traiter différemment les deux hypothèses : l'autorisation sera nécessaire dans tous les cas. C'est ce que décide d'après la loi de 1837 un arrêt de la Cour de Douai du 10 juillet 1869 (D. P. 1861 p. 1004) « At-
« tendu que les motifs d'ordre public qui ont déter-
« miné le législateur à soumettre les communes à
« la garantie tutélaire de l'autorisation préalable
« s'appliquent aux actions civiles qu'elles portent
« devant les tribunaux correctionnels ; que d'ailleurs
« la loi du 18 janvier 1837, pour lever tout doute, a
« déterminé les exceptions qu'elle a cru devoir ap-
« porter à la règle générale posée par l'article 49. »
(*Contra* ; Cassation 3 août 1820, antérieur par suite à la loi de 1837).

Un cas particulier qui dans cette première hypothèse soulevait autrefois quelques difficultés était celui où une commune voulait poursuivre un fonctionnaire public. Il se présentait assez fréquemment, notamment pour des fautes reprochées aux maires comme administrateurs. L'autorisation de plaider nécessaire à la commune était-elle exigée en même temps que l'autorisation du conseil d'État nécessaire

pour la poursuite de tout fonctionnaire en vertu de l'article 75 de la constitution de l'an VIII ? Le conseil d'État, s'appuyant sur les motifs différents des deux institutions a toujours exigé l'application des règles particulières à chacune d'elles (V. conseil d'État 2 octobre 1852, Salomon ; 28 avril 1854 D. P. 54, 3, 80 ; 8 novembre 1854, D. P. 55, 3, 59).

La question, depuis l'abrogation de l'article 75 de la constitution de l'an VIII par le décret du 19 septembre 1870, n'offre plus qu'un intérêt historique. Il est évident que la poursuite rentrerait maintenant dans la règle générale énoncée plus haut.

Les mêmes principes sont applicables lorsque la commune est défenderesse à une action pénale, soit qu'il s'agisse de réparations civiles à raison de faits commis par ses agents, ou même d'amendes du paiement desquelles elle pourrait être déclarée responsable. C'est ce que décide un arrêt de la Cour de Rennes, dans le cas où la responsabilité de la commune était engagée par suite de contraventions commises par un pâtre communal (Rennes, 29 mai 1839 ; D. P. 39, p. 230). Il devrait en être de même pour une commune poursuivie à raison de certaines contraventions ; nous citerons un arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1839, (D. P. 1840, 1, 389) qui déclare responsable une commune au cas de plantation illégale de tabac sur son territoire, lorsque les auteurs n'en sont pas connus. Dans tous ces cas le motif est le même ; l'autorité

administrative jugera si la commune a plus d'intérêt à céder à la poursuite qu'à encourir les frais d'une instance.

Le principe est donc général et l'autorisation de plaider sauf les exceptions limitativement écrites dans la loi est exigée pour toutes les actions judiciaires, civiles, commerciales ou criminelles.

§ 3. — Nous avons à voir maintenant l'étendue du principe de l'autorisation. On ne pouvait songer en effet à l'exiger pour tous les incidents d'une instance sous peine d'entraver constamment la marche du procès. D'après l'édit de 1683 toujours en vigueur, puisque la loi de pluviôse semblait seulement y renvoyer, les communes « ne pouvaient, *intenter aucune action* sans autorisation »; l'art. 1032 du Code de procédure disait « *former une demande en justice*, sans se conformer aux lois administratives ». La jurisprudence avait interprété ces expressions en ce sens que l'autorisation était seulement nécessaire à l'origine d'un procès et ne devait pas être renouvelée pour tous les incidents qui pouvaient venir se greffer sur la cause primitive. On pouvait invoquer en ce sens les termes plus précis du décret du 30 décembre 1809, relatif aux fabriques des églises et inspirés par les mêmes motifs que ceux concernant les communes : « Ne pourront les marguilliers entre-
« prendre aucun procès ni y défendre sans autori-
« sation du conseil de préfecture. »

Nous allons essayer de préciser cette distinction

entre les actions introductives d'instance et celles qui ne sont que la conséquence, que la suite naturelle d'une instance précédente. Il ne nous paraît pas exact de dire que les actions non introductives d'instance sont dispensées d'autorisation. Une dispense ne pourrait résulter que d'un texte formel qui n'existe pas. Il n'y a même pas dans ce cas autorisation tacite. C'est l'autorisation donnée au début de l'instance qui comprend celle de plaider sur tous les incidents. Nous n'attachons d'ailleurs aucune importance à la substitution par la loi de 1884 des mots « ester en justice » à ceux « introduire une action en justice » de la loi de 1837. On a voulu simplement, comme nous le faisons aussi, comprendre sous la même hypothèse les deux cas de la commune demanderesse ou défenderesse.

Il résulte de cette observation qu'il s'agira dans les applications qui vont suivre, non pas de délimiter une exception écrite dans la loi au principe de l'autorisation, mais d'apprécier l'étendue de celle accordée au début. Ce principe domine les distinctions faites dans la matière par la jurisprudence ; elle recherche pour toute demande ou défense nouvelle si l'autorisation primitive pouvait raisonnablement s'y appliquer.

1° — L'arrêté d'autorisation doit préciser les chefs d'action de la commune. Si donc elle n'a d'abord réclamé qu'une partie des droits qu'elle était autorisée à faire valoir, rien ne s'oppose à ce qu'elle en

fasse plus tard l'objet de conclusions nouvelles. Un arrêt du 11 janv. 1830 (D. 1830, 1, 59) en a déduit qu'une commune, autorisée à réclamer la propriété et la jouissance de certains biens, l'était valablement pour former une nouvelle action relative à la jouissance seulement. A l'inverse, une nouvelle autorisation serait évidemment nécessaire si la commune prenait des conclusions plus étendues que celles visées dans l'arrêté du conseil de préfecture ; si, par exemple, autorisée à plaider sur la jouissance de certains biens, elle en réclamait la propriété, sur un droit d'usage, elle en réclamait l'usufruit (1) ;

2° — Une seconde conséquence du même principe consacrée par de nombreux arrêts c'est que l'autorisation comprend non seulement l'instance originaire mais les incidents proprement dits. Ce sont des moyens pour la commune de défendre ses droits. Elle pourrait par exemple proposer ou opposer toutes les exceptions dilatoires visées par le Code de procédure.

Nous citerons en ce sens un arrêt de Lyon qui

(1) Cass. 12 décembre 1838, D. 37, 1, 125. — L'autorisation de poursuivre des voies de fait au pétitoire et au possessoire sur un terrain litigieux comprend celle d'intenter une action en revendication.

L'autorisation s'applique au litige même non pas aux chiffres susceptibles de varier dans le cours du procès, 30 juin 1849, Orléans (D. P. 49, 2, 145). On peut voir d'autres applications du même principe dans les arrêts du 13 décembre 1848, D. 49, 2, 216, 16 mars 1853, 53, 1, 160; 2 août 1858, 58, 1, 375, et en sens inverse, 26 avril 1853, 53, 1, 146 ; 23 juin 1858, 58, 1, 412.

permet à une commune d'opposer à un demandeur étranger la caution *judicatum solvi*.

La commune pourra donc valablement défendre à tous les incidents de procédure, tels qu'une enquête, une communication de pièces, une vérification d'écritures, etc. De même qu'elle pourrait y défendre, elle pourra aussi proposer ces moyens.

Que décider relativement à une inscription de faux? Doit-elle être considérée comme un simple incident ou comme une instance distincte soumise par suite à la nécessité d'une autorisation nouvelle. Il nous paraît, dans cette question, d'une application fort rare d'ailleurs, difficile d'adopter la distinction proposée par M. Reverchon (*op. cit.*) entre le cas d'une action en faux principal et celui du faux incident. On ne peut guère admettre qu'il puisse dépendre du choix de la commune suivant qu'elle adopte telle ou telle voie d'être soumise à l'autorisation ou d'en être dispensée. Il semblerait plus logique de distinguer suivant le but de l'inscription de faux. Si l'action intentée est une action en faux principal, étrangère au succès de l'action engagée, il y aura lieu d'exiger l'autorisation. Si nous supposons au contraire une action de faux qui ne soit qu'une défense, qu'un moyen pour la commune de repousser l'attaque dirigée contre elle ou de faire triompher le droit qu'elle invoque, les principes que nous avons exposés sembleraient conduire à la dispenser de l'autorisation. Nous hésiterions cependant

à adopter une solution qui va directement à l'encontre du but de la loi. Le faux est, en effet, un incident d'une gravité exceptionnelle qui expose la partie perdante à des frais considérables ; aussi nous pensons qu'il serait préférable de ne faire aucune distinction et d'exiger dans tous les cas une autorisation préalable.

3° — L'application des mêmes principes nous conduit à cette conséquence que la commune pourra proposer ou opposer tous moyens qui ne sont que des défenses à l'action principale, former par exemple une demande en renvoi à un autre tribunal pour parenté ou alliance.

Dans le cas d'une action reconventionnelle introduite par la commune défenderesse à l'instance principale, c'est là plus qu'un simple incident qu'on ne pourra pas soumettre à une règle uniforme. La jurisprudence fait une distinction conforme au principe que nous avons proposé. S'agit-il d'une prétention nouvelle, étrangère à la cause originaire, différente par son but, il y a en réalité une *cause nouvelle* introduite : la commune devra se munir de l'autorisation. S'agit-il au contraire d'une défense à l'action principale, d'une simple compensation opposée, l'autorisation de défendre est implicitement comprise dans le premier arrêté du conseil de préfecture. La règle est la même lorsqu'il s'agit pour la commune de défendre à une action reconventionnelle. C'est peut-être pour elle un moyen de faire

reconnaître le droit qu'elle réclame, comme aussi l'adversaire peut intenter une action toute différente par ses causes et par son but, prétention qui sera soumise à toutes les formalités de la loi (1);

4° — La commune sera dispensée de l'autorisation pour les difficultés nées de l'exécution des jugements ou arrêts obtenus : le fond du droit ne change pas (2). Une reprise d'instance ne contient pas non plus un élément étranger à la première cause.

De même pour une demande en péremption d'instance et pour défendre à une action de cette nature (Toulouse, 19 déc. 1829, S. 33, 1, 144 ; Cass. 26 mars 1834, S. 34, 1, 249).

5° — Nous avons supposé jusqu'ici que les parties restaient les mêmes. Il en est autrement dans le cas d'une intervention.

Si c'est la commune qui intervient dans une instance, à laquelle jusque-là elle était restée étrangère, la nécessité d'une autorisation s'impose d'elle-même. L'autorité administrative n'a pas eu dans ce cas à se prononcer sur le bien fondé de ses prétentions.

Si un tiers intervient dans une instance où la commune est partie, la question est plus délicate. La même distinction qui nous a permis de résoudre les questions qui précèdent nous donnera aussi la

(1) Grenoble, 2 août 1832, D. 33, 2, 121, Cass. 5 nov. 1832, S. 33, 1, 352.

(2) Un arrêt du 13 novembre 1838 fait l'application à une action en bornage.

solution de celle-ci. Si donc l'intervention d'un tiers transforme l'ancienne cause, y apporte, à l'égard de la commune, un élément nouveau, soit par son but, soit par ses motifs, élément sur lequel le conseil de préfecture n'aura pu se prononcer, l'autorisation sera nécessaire. Si, au contraire, il n'y a d'autre changement dans la cause que l'introduction d'une partie étrangère, une nouvelle autorisation sera inutile.

L'application de ces principes a été faite à plusieurs reprises par la Cour de Cassation. Nous citerons en ce sens deux arrêts de la chambre des requêtes du 12 décembre 1838 et du 7 mai 1839. Les considérants de ces arrêts confirment pleinement la doctrine que nous avons exposée sur la nécessité, pour qu'une nouvelle autorisation soit exigée, d'un élément nouveau dans l'instance sur lequel les conseils administratifs n'aient pas eu à se prononcer. Le premier de ces arrêts (D. 1839, 1, 125) décide que l'intervention dans une instance du maire d'une commune pour faire valoir et appuyer les droits des habitants qui avaient agi *ut singuli*, ne constitue pas une *cause nouvelle* nécessitant pour l'autre commune une autorisation spéciale pour y défendre.

« Attendu, dit-il, que l'intervention dans l'instance du maire de la commune de Bains, venant
« faire valoir les droits de cette commune et prêter
« appui aux habitants attaqués ne formait pas une
« demande nouvelle, mais une seule et même action

« dont le résultat était de démontrer que la commune de St-Perreux n'était pas propriétaire du terrain en litige, action à laquelle elle était autorisée à défendre. » Rejet.

L'arrêt du 7 mai 1839 (D. 39. 1. 227) est encore plus explicite. Dans l'espèce, il s'agissait d'un débat entre deux communes au sujet de la propriété d'une forêt. L'intervention d'un tiers ne nécessite pas pour les communes en cause une nouvelle autorisation.

« Attendu que l'intervention de Féline qui avait pour but de lui faire attribuer la propriété réclamée par la commune d'Ossun *était appuyée sur les mêmes faits et les mêmes titres que le conseil de préfecture avait appréciés lorsqu'il avait donné l'autorisation*, et par conséquent ne présentait qu'un incident pour lequel il n'était pas utile de faire donner à la commune d'Ossun une nouvelle autorisation. » Rejet (1).

6° — Un autre cas dans lequel l'action nouvelle liée à l'instance originaire est dirigée contre un tiers, est celui d'une action en désaveu exercée par la commune contre l'avoué chargé de ses intérêts. C'est là une hypothèse d'une application fort rare, mais

(1) Dans le même sens, Cass. 3 fév. 1874 J. P. p. 315. « La commune autorisée à défendre à une action dirigée simultanément contre elle et contre un tiers pour le compte de qui elle prétend avoir agi n'a pas besoin d'une nouvelle autorisation pour conclure *dans la même instance* à ce que le tiers la garantisse de l'action principale. Au contraire, pour une action en garantie, il faudrait une nouvelle autorisation. C'est encore là un moyen de défense que le conseil de préfecture avait dû envisager. V. aussi Cass. 11 mars 1873 D. P. 73.154.

la solution à y donner ne nous paraît pas offrir de difficulté. Le but du désaveu formé par voie principale ou par voie incidente, est bien différent de celui de l'instance originaire et, sans entrer dans l'examen des conséquences qu'il peut entraîner pour la commune, les principes exposés suffisent pour le soumettre à la règle générale.

— Une situation assez analogue à celle que nous venons d'étudier est prévue par l'article 48 du code de procédure qui soumet à une tentative de conciliation toutes les demandes principales introductives d'instance. Nous n'avons pas à étudier les cas d'application de cet article. Nous voulons simplement faire remarquer la différence de principe qui sépare les deux hypothèses, différence qui a entraîné pour les applications des divergences nombreuses dans la jurisprudence.

Le but de la citation en conciliation est d'amener, s'il est possible, un arrangement entre les deux adversaires qui vont se trouver en présence. C'est dans leur intérêt commun que la loi exige à peine de nullité un rapprochement destiné à éviter un procès.

Pour l'autorisation de plaider, au contraire, la loi n'envisage que l'intérêt de la commune. Il s'agit d'éviter qu'elle ne commence témérairement un procès onéreux. Il suffira donc que le conseil de préfecture ait été une première fois appelé à se prononcer sur les présomptions de succès qui existent en sa faveur.

§ 4. — Après avoir vu dans le paragraphe précédent à quelles actions et dans quelles limites s'appliquait pour le premier degré de juridiction le principe de l'autorisation, nous devons supposer l'affaire terminée par un premier jugement et étudier, parmi les voies de recours dont il est susceptible, celles où la commune peut figurer sans une nouvelle autorisation. Il faut distinguer suivant que la décision rendue est favorable ou contraire à la commune, ou ce qui revient au même suivant que celle-ci est défenderesse ou demanderesse.

A) Dans le premier cas la commune peut défendre sans nouvelle autorisation : c'est ce qui résulte par *à contrario* du texte de l'art. 121 § 2 « Après tout jugement intervenu la commune ne peut se pourvoir devant un autre degré de juridiction qu'en vertu d'une nouvelle autorisation du conseil de préfecture. »

Les mots « se pourvoir devant un autre degré de juridiction » ont été substitués sur l'observation de M. Batbie à ceux de « plaider devant un autre degré de juridiction » qui auraient embrassé les deux hypothèses. (Séance du Sénat du 12 mars 1884 — *J. off.* du 13).

C'est dans ce sens que la jurisprudence avait interprété les termes identiques de la loi de 1837. Il est facile de justifier cette solution. La première décision rendue a dû être précédée d'une autorisation présumant le bien-fondé de la demande. Lorsque cette présomption vient à être confirmée

par l'autorité qui s'attache à un premier jugement on comprend qu'une autorisation nouvelle serait superflue. Il y a en quelque sorte pour la commune droit acquis à défendre les chefs de ses conclusions qui ont reçu la sanction judiciaire. Cette situation peut être assimilée à celle qui se présente au cas où une commune plaide sur des difficultés nées de l'exécution des jugements, difficultés qui ont du être prévues ainsi que nous l'avons vu, lors de la première autorisation.

— La jurisprudence avant la loi de 1884 a fait l'application de cette première règle.

1^o Au cas d'un appel (Cass. 7 août 1867. D. P. 68, 1, 25. — 10 fév. 1868, D. P. 68, 162.)

2^o La question soulève plus de difficultés, lorsqu'il s'agit pour la commune de défendre à un pourvoi en cassation. On ne peut dans ce cas tirer du texte de l'article 121 un argument à *contrario*. La cour de cassation n'est pas un degré de juridiction. Mais les motifs indiqués plus haut peuvent s'appliquer avec plus de force encore. La décision du juge en dernier ressort prouve d'une manière plus certaine que celle d'un juge de première instance qu'il existe en faveur de la commune des chances sérieuses de succès. Le pourvoi en cassation est une voie de recours bien plus aléatoire que l'appel puisque le fait est acquis par la décision des premiers juges, et qu'il ne peut être motivé que sur l'incompétence ou la violation de la loi.

Ce que nous avons dit du pourvoi en cassation nous l'appliquerions pour les mêmes motifs à la voie de la requête civile.

3° Nous n'avons qu'à indiquer le cas d'une opposition car il ne soulève pas de difficulté. La première autorisation visait expressément le débat qui va s'engager contradictoirement.

4° Une autre voie de recours ouverte aux parties n'ayant pas figuré dans l'instance est celle de la tierce-opposition. Pour y défendre, la commune aura-t-elle à se munir d'une nouvelle autorisation ? La solution que nous avons vu admise par la jurisprudence dans une espèce voisine lorsque l'intervention d'un tiers se produit dans l'instance même ou la commune est partie nous paraîtrait applicable. Il est vrai que les motifs invoqués à l'appui de la règle générale ne sont plus strictement exacts. La décision judiciaire a consacré les droits de la commune plutôt à l'égard des parties en cause que d'une manière générale *et erga omnes*. Mais il est permis de supposer que l'autorisation donnée par le conseil de préfecture est plus compréhensive, qu'elle a eu en vue le droit réclamé bien plus que la personne de l'adversaire, et que par suite nous ne trouvons pas la cause nouvelle dont nous avons fait la condition indispensable d'une seconde autorisation. Nous serions d'ailleurs assez portés à croire que la question du fait pourrait, surtout lorsqu'il ne s'agit pas d'une action réelle, exercer ici une certaine influence.

Si par exemple, l'intervention d'un tiers était appuyée sur des titres ou des moyens nouveaux que le conseil de préfecture n'aurait pas eu à envisager la commune agirait prudemment en sollicitant une autorisation qui ne lui serait pas refusée.

B) La commune a succombé dans une première instance. L'administration aura à examiner si elle a intérêt à encourir les frais toujours plus lourds d'une autre juridiction. C'est ce que décide l'article 121, § 1, déjà cité.

1° — Reprenant les distinctions faites plus haut, pour l'appel interjeté par la commune, les termes de l'art. 121 s'y appliquent directement. Il est à peine nécessaire de citer quelques décisions de la jurisprudence antérieure sur ce point universellement admis aujourd'hui.

2° — Pour le pourvoi en cassation les termes de l'art. 121 ne s'appliquent plus (p. 213).

La jurisprudence antérieure à la loi de 1837, en vertu de l'article 44 de l'édit d'août 1764, dispensait de l'autorisation : « Ne pourra ladite autorisation
« être nécessaire pour défendre aux appels desdites
« sentences ou jugements qui auront été rendus en
« faveur desdites villes et bourgs ni pour se pour-
« voir par devers nous. »

Certains auteurs (Laferrière, *Droit pub. et adm.*, t. 2, p. 608 ; Cormenin, *Droit administratif*, t. 1, p. 404) soutenaient en se fondant sur les termes incorrects que nous avons signalés dans la loi de 1884 et

qui ont été pris dans celle de 1837 que cette solution devait être maintenue sous l'empire de cette dernière loi.

L'opinion contraire, seule conforme à la logique, avait prévalu dans la jurisprudence (1). S'il était contraire aux principes de demander à l'intendant, l'autorisation de porter une contestation devant le conseil du Roi placé au sommet de la hiérarchie à la fois administrative et judiciaire, il en est autrement avec l'organisation actuelle de la Cour de cassation. Ses attributions et son règlement sont encore les mêmes que ceux de l'ancien conseil des parties, mais le principe nouveau de la séparation des autorités administratives et judiciaires (1) en a fait un corps entièrement indépendant du pouvoir exécutif. Les travaux préparatoires de la loi de 1884 semblent avoir définitivement tranché la question dans le sens de la jurisprudence.

Nous n'insisterons pas sur l'hypothèse d'une requête civile formée par la commune. L'assimilation avec le cas du pourvoi en cassation nous semble forcée. Les mêmes motifs justifient la même solution.

3° — Un arrêt de cassation du 11 juin 1860

(1) Cass. 12 déc. 1848, D. P. 1849, 1, 139 ; Cons. d'État, 4 sept. 1840, C^o de Fayence ; 28 janvier 1841, Bellon, 30 juin 1883, Rillieux.

(2) Voir sur cette distinction entre plusieurs branches d'un pouvoir exécutif unique Ducroq, *Dr. administ.*, 6^e édition, p. 18, n^o 24, page 26, n^o 34 et suivants.

(Repelin c. commune de Villers-du-Lans) décide que l'opposition d'une commune pour être recevable est soumise aux règles générales du Code de Procédure (art. 158) (Conf. Cass. 12 août 1855).

On a conclu de là qu'il n'y avait pas de délai passé lequel la commune fut déchue du droit de former opposition à une condamnation par défaut.

Un premier point certain, c'est que si la commune n'était pas autorisée lors de la première instance, soit que l'autorisation lui ait été refusée, soit qu'elle ne l'aie pas sollicitée, l'autorité administrative sera de nouveau appelée à se prononcer. Dans le cas inverse, la nouvelle instance devra être considérée non pas comme une voie de recours, mais comme un incident, comme une difficulté préliminaire à l'exécution d'un jugement et dispensée à ce titre d'une nouvelle autorisation.

4° — Pour la tierce opposition formée par voie principale l'autorisation est évidemment exigée. C'est là une instance nouvelle sur laquelle l'autorité administrative n'a pas eu à se prononcer.

Pour la tierce opposition incidente, qu'elle soit formée devant le tribunal déjà saisi du procès ou qu'elle soit portée par action principale devant un tribunal d'ordre supérieur il semble conforme aux principes de ne voir là qu'un incident de la première cause qu'une défense à l'action principale et de la dispenser à ce titre de l'autorisation.

Une hypothèse restée jusqu'ici en dehors des cas

que nous avons examinés est celle d'un appel incident formé par la commune. Il suppose que la commune défenderesse en appel sur la majeure partie de ses conclusions interjette appel relativement aux chefs sur lesquels elle a succombé. La jurisprudence a fait avec raison une exception dans ce cas à la règle générale. Elle a considéré cet appel comme une défense en quelque sorte opposée par la commune à l'appel principal de son adversaire et l'a par suite dispensée d'une autorisation. Cette solution s'imposait entièrement dans l'intérêt de la commune, un appel incident permettra aux juges d'envisager à nouveau l'affaire d'une manière complète (1).

§ 5. — Quelques exceptions au principe de l'autorisation sont écrites dans la loi ou résultent de la jurisprudence.

A) Nous avons déjà vu que le maire pouvait sans délibération préalable du Conseil municipal faire dans l'intérêt de la commune tous les actes conservatoires de ses droits. Il peut, dans les mêmes limites, engager une instance, lancer une assignation, former un acte d'appel ou un pourvoi en cassation, en un mot faire tout acte dont l'urgence s'impose dans l'intérêt de la commune même sans l'autorisation préalable du conseil de préfecture dans les cas

(1) (V. Cass. 12 déc. 1856, D. 54, 1, 78 ; 24 déc. 1855, J. P. 57, 1073 ; 2 juillet 1862, J. P. 1863, 189).

où nous avons vu précédemment qu'elle était exigée. (art. 122, L. 1884, 55, L. 1837).

L'autorisation sera d'ailleurs imposée au cours de l'instance soit d'office par le tribunal, soit sur la demande de l'adversaire ; le jugement qui statue sur ce point fixe un délai à la commune pour prendre, en vue de l'obtenir, les mesures nécessaires.

M. Reverchon (p. 169) fait observer que dans, certains cas, l'acte conservatoire fait par le maire pourra exercer sur la décision du conseil appelé plus tard à se prononcer une influence réelle. Par exemple, la formation d'un pourvoi en cassation devant la chambre des requêtes, entraîne des frais assez élevés. Le Conseil de préfecture devra tenir compte de cette considération qu'ils seraient perdus au cas de refus d'autorisation.

B) L'article 122 contient une exception dont la portée avait donné lieu à une controverse tranchée depuis longtemps. Nous voulions parler de la dispense d'autorisation pour les actions possessoires. On avait voulu interpréter les mots « intenter toute action possessoire » en ce sens que le maire aurait pu à titre conservatoire commencer l'action sans autorisation préalable, mais non la suivre jusqu'au bout. S'il en était ainsi, il eut été au moins inutile de formuler en termes exprès une restriction qu'embrassaient les termes généraux de l'exception relative à tous actes conservatoires.

Le débat lors de la rédaction de l'art. 55 de la

loi de 1837 et les motifs invoqués à l'appui ne permettent pas d'ailleurs de discussion à ce sujet. On a pensé que l'autorisation serait dans ce cas une formalité gênante que ne justifiait pas l'importance de l'action possessoire. On a ajouté qu'elle pourrait en compromettre le succès dont la rapidité d'action était une conséquence nécessaire.

« La marche de l'action possessoire est nécessairement rapide ; elle repose sur des faits de possession fugitifs ou dont la preuve est fugitive. » (Observations de M. Teste, séance du 11 mars 1834).

— La dispense d'autorisation en matière possessoire doit elle être limitée au premier degré de juridiction ? Lorsque la commune est intimée, les principes généraux la dispensent sans aucun doute. La question ne se pose, que lorsque la commune veut porter devant une juridiction supérieure une action possessoire qu'elle a perdue en première instance.

Plusieurs arrêts se prononcent dans le sens de la négative. La dispense formulée par la loi devrait s'entendre d'une manière générale.

Un arrêt du Conseil d'Etat, 30 novembre 1868 (Ville de Bourges) indique le motif suivant à l'appui de cette décision. Avant 1837 les communes auraient été, pour former un appel, dispensées de l'autorisation.

La loi de 1837 qui a formulé cette exigence, n'ayant pas explicitement soumis l'appel des actions possessoires, elles tomberaient sous l'application de

l'ancienne règle. Il nous semble y avoir là une double erreur. En premier lieu il n'est pas exact de dire qu'avant 1837 la nécessité d'une autorisation n'existait pas pour l'appel. Elle pouvait, il est vrai, être donnée d'une manière générale au début de l'instance et s'appliquer à tous les degrés de juridiction, ce qui ne serait plus possible aujourd'hui, mais elle devait l'être dans tous les cas en termes suffisamment explicites, ce qui enlève toute valeur à l'argument du Conseil d'Etat.

On peut constater aussi que la règle telle qu'elle est formulée dans les art. 49 (L. 1837) et 121 (L. 1884) ne comprenne pas les actions possessoires au même titre que les autres. Ces articles s'expriment en termes aussi généraux que possible. « Nulle commune dit l'article 49 ne peut introduire *une action en justice*, etc. *Après tout jugement intervenu* la commune ne peut se pourvoir, etc. »

Il n'y a pas dans ces textes de distinction suivant la nature de l'action puisque l'art. 55 (L. 1837) 122 (L. 1884) vient y apporter une limitation, dont il s'agit seulement de préciser l'étendue.

Les termes de ces articles nous paraissent contraires à la doctrine adoptée par le conseil d'Etat dans l'arrêt que nous avons cité. Les mots « *intenter toute action possessoire* » ne semblent viser que le premier degré de juridiction. La formation d'un appel ou à *fortiori* d'un pourvoi en cassation est une preuve de l'importance de la question en jeu et doit appeler

l'intervention de l'autorité administrative (Contra, Nîmes, 7 mai 1841 J. P. 1841. 463).

— Ce que nous venons de dire pour les actions possessoires nous l'appliquerions pour le second degré de juridiction, dans tous les cas analogues où, pour le premier degré, la commune est dispensée de l'autorisation, par exemple pour former un appel ou un pouvoir en cassation sur les incidents d'une instance.

Si la commune est au premier degré dispensée d'autorisation pour les incidents, c'est que la première autorisation est réputée les contenir. Mais nous savons que l'autorisation expresse ne s'applique qu'au premier degré de juridiction ; à *fortiori*, doit-il en être de même de l'autorisation implicite permettant à la commune de plaider sur des incidents. La jurisprudence toutefois est contraire à cette manière de voir.

C) L'art. 122 de la loi de 1884 renvoie à l'art. 154 qui indique une autre exception.

« Toutes les recettes municipales pour lesquelles
« les lois et règlements n'ont pas prescrit un mode
« spécial de recouvrement s'effectuent sur les états
« dressés par le maire ; ces états sont exécutoires
« après qu'ils ont été visés par le préfet ou le sous-
« préfet. — Les oppositions, lorsque la matière est
« de la compétence des tribunaux ordinaires sont
« jugées comme affaires sommaires, et la commune
« peut y défendre sans autorisation du conseil de
« préfecture. »

Le peu d'importance du débat justifie l'exception faite par la loi dans ce cas ; (3 août 1872 C^{ne} de Longwy) : dans le cas fort rare où un appel serait jugé utile, nous pensons qu'il faudrait appliquer la règle générale. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

D) Il nous reste à indiquer quelques dérogations admises par la jurisprudence.

Nous ferons notamment une exception pour le cas d'une action en référé. Nous en avons déjà indiqué le motif. On a pensé que les formes du référé avaient été spécialement réglementé par le code de procédure et qu'elles ne pouvaient souffrir de modifications qui empêcheraient d'atteindre, au moyen de cette procédure, le but en vue duquel elle a été instituée. (Cass. 27 juin 1868, J. P. 69, 360 ; 10 avril 1872 (J. P. 711).

Nous ajouterons enfin que dans tous les cas où nous avons vu le préfet agir comme représentant de la commune, en matière de chemins vicinaux par exemple, ou dans le cas tout particulier prévu par l'article 24 de la loi du 6 décembre 1850, il n'a besoin d'aucune autorisation.

Dans ces limites le principe de l'autorisation est général et s'applique quelles que soient les parties en cause, même si la commune a pour adversaire l'Etat ou une personne morale (C. d'Etat 14 août 1877 C^{ne} d'Athies.)

TITRE II. — *De l'autorisation nécessaire du contribuable.*

Nous venons de voir dans le titre précédent à quelles actions s'appliquait, en ce qui concerne la commune, le principe de l'autorisation. Nous savons qu'elle peut aussi par l'intermédiaire d'un contribuable faire reconnaître ses droits. La raison d'être et la nature de cette intervention, les conditions auxquelles elle est soumise ont déjà fait l'objet d'une étude spéciale. Mais il en est une que nous n'avons fait qu'indiquer et sur laquelle nous avons à revenir. De même que la commune, le contribuable ne peut plaider sans l'autorisation des conseils administratifs, conseil de préfecture ou conseil d'État ; nous devons préciser maintenant pour quelles actions et dans quelles limites elle sera exigée.

Le motif qui la justifie n'est pas le même dans les deux cas. Lorsque l'autorisation est demandée par le contribuable, ce n'est plus l'intérêt de la partie qui la sollicite mais celui de la commune qui se trouve seul en jeu. L'intervention de l'État n'est appelée en effet que par des mesures de protection à prendre en faveur de la commune. L'intérêt du contribuable ne nous paraît pas devoir entrer en ligne de compte ; les motifs qui expliquent le contrôle de l'État sur les finances communales ne sont plus applicables : le contribuable est le meilleur juge de

ses intérêts. De là des différences que nous verrons plus loin dans les conditions qui lui sont imposées en vue d'obtenir l'autorisation ; de là aussi des solutions divergentes dans les cas pour lesquels la loi l'exigera.

— Nous devons, d'abord, préciser avec soin le but de l'autorisation imposée au contribuable. Nous avons vu que c'est seulement sur le refus de la commune, et après délibération de sa part, qu'il lui est permis de se substituer à elle. Ce refus peut tenir à ce que la commune juge l'action mal fondée ou les frais de l'instance trop lourds, eu égard à l'intérêt en jeu. Dans ce cas nul inconvénient à permettre au contribuable de s'en charger à ses frais et risques.

Mais le refus de la commune peut aussi tenir à ce qu'elle juge le moment inopportun pour entamer le procès. Le conseil de préfecture aura à se prononcer sur le point de savoir si l'époque choisie par le contribuable pourrait compromettre le droit communal.

On a dit aussi que l'exercice de ce droit pourrait servir à favoriser des tracasseries personnelles. Et motif ne nous semble pas très sérieux. La nécessité de payer les frais du procès sera un empêchement suffisant à ce que le contribuable se fasse une arme du droit mis à sa disposition, pour satisfaire ses inimitiés privées.

Le premier motif indiqué suffit pour que dans tous les cas la loi ait jugé l'autorisation nécessaire.

La jurisprudence a fait à plusieurs reprises l'application de ce principe.

1° Nous citerons en premier lieu les actions administratives. Nous avons indiqué les motifs pour lesquels la commune avait été dans ce cas dispensée de l'autorisation. Elle implique, en effet, un préjugé favorable à sa demande. Il y avait donc un réel inconvénient à donner à la même autorité la mission de se prononcer à la fois sur la demande en autorisation et sur la solution de l'affaire.

Il n'en est plus de même dans le cas d'une demande formée par un contribuable. L'autorité chargée de statuer, doit seulement voir si l'intérêt de la commune est sauvegardé. Lorsqu'elle accorde l'autorisation, elle ne dit pas que la demande du contribuable est plus ou moins fondée ; elle se borne à constater que son exercice ne peut compromettre les intérêts communaux. Elle ne se mettra donc pas en contradiction avec elle-même en rejetant la demande après avoir accordé l'autorisation.

Le second motif qui justifie la dispense d'autorisation de la commune pour les actions administratives est tout aussi inapplicable.

La considération des frais du procès n'entre pas en ligne de compte pour savoir si l'autorisation doit être accordée au contribuable. Quelque minimes qu'ils puissent être devant les juridictions admi-

nistratives, les motifs pour l'exiger restent les mêmes (1).

2° La jurisprudence a fait application des mêmes règles aux actions possessoires. Nous croyons aussi qu'il faudrait étendre ces décisions au cas où un contribuable se charge au lieu et place de la commune de défendre à une opposition à un état de recouvrement dressé par le maire en vertu de l'art. 154 (2).

Nous pensons enfin qu'il faudrait lui reconnaître malgré les termes de l'art. 121 : « *Le maire* peut, sans autorisation préalable, faire tous actes conservatoires, etc., » le droit de faire des actes conservatoires.

Cet article statue dans le cas le plus général, mais n'a pas pour but d'enlever au contribuable le complément nécessaire de l'exercice de son droit. Là où les motifs de décision sont les mêmes, la même règle doit être appliquée.

3° A l'inverse, nous déduirons des mêmes principes, que le système de l'art. 121 doit être écarté lorsqu'il s'agit de porter l'action devant une autre juridiction.

La distinction qu'il fait entre la commune intimée ou appelante au point de vue de la dispense de

(1) C. d'Etat, 4 mai 1867 (Barba), 1^{er} septembre 1860 (Lallemand), 15 janv. 1863 (Raby), 17 août 1882 (Cne de Donnemarie).

(2) C. d'Etat. 30 juin 1841 (Isnard), Cass. (7 mars 1860, Rigaud et autres, J. P. p. 645).

l'autorisation, est applicable au contribuable. Une première autorisation au début du procès suffit, à notre avis, pour lui permettre d'épuiser toutes les voies de recours. C'est ce qu'a décidé la Cour de Pau, par un arrêt du 10 janvier 1872 (J. P., 1872, p. 81). Il s'appuie sur ce que la nécessité d'une autorisation n'est formulée expressément par la loi que pour le premier degré de juridiction; elle n'aurait pas de raison d'être au second degré pour le particulier, maître absolu de ses droits (Conf. Cass. 28 juillet 1856, J. P. 1856, 2, 455).

CHAPITRE IV

CONDITIONS DE L'AUTORISATION.

TITRE I. — *Pour la commune.*

Ni la loi de 1884 ni celles de 1837 ne précisent les conditions nécessaires pour que l'autorisation soit accordée. La jurisprudence a pu facilement y suppléer d'après son but. Elles peuvent se ramener à une seule : l'action que la commune se propose d'intenter devra présenter des chances sérieuses de succès.

A quelles conditions le succès de la commune est-il probable ? Nous distinguerons des conditions de forme et des conditions de fond.

A) Par conditions de forme nous entendons que la commune soit régulièrement représentée dans l'instance et aussi que son adversaire ne puisse élever contre sa demande aucune fin de non-recevoir. Analysons ces deux points.

1° Il faudra que les règles qui régissent la représentation de la commune en justice aient été observées. Si par exemple, le maire agit sans l'assentiment du conseil municipal ou contre son gré, c'est

là un défaut qui pourrait être relevé devant le juge du fond et par suite un cas de refus de l'autorisation, comme l'établissent de nombreux arrêts du Conseil d'Etat (1). Il en serait de même de toute autre irrégularité viciant les pouvoirs du maire comme représentant de la commune.

2° Le défaut de qualité du représentant de la commune n'est pas la seule cause qui puisse permettre à son adversaire d'opposer une fin de non recevoir devant la juridiction saisie. Le défaut de qualité de la commune elle-même pourrait aussi lui fournir un grief et devra par suite faire refuser l'autorisation.

Il en serait ainsi par exemple pour une commune qui demanderait l'autorisation de plaider sur des difficultés concernant un legs qu'elle n'aurait pas été préalablement autorisée à accepter.

On pourrait aussi supposer une commune voulant soutenir un procès relatif à la propriété d'un droit dont elle n'aurait que la jouissance. On assimilerait cette hypothèse à celle d'une fabrique voulant plaider au sujet de la propriété d'une église, et la solution du conseil d'état leur refusant l'autorisation serait applicable (2).

(1) Dans le cas d'absence de délibération on peut consulter : 25 juin 1856 Lapize et consorts. 24 juillet 1856 C^{ne} de Strasbourg. (31 octobre 1866, C^{ne} de Villemagne); au cas où elle est irrégulière par suite de rétractation postérieure par le conseil 5 août 1829 (Uthurhide) ou autrement 9 mars 1832 (héritiers Lemaire), 19 décembre 1834 (C^{ne} de Desires).

(2) 24 juin 1840, Fabrique de St-Jacques de Perpignan; — 5 septembre 1842, Fabrique de Lussas.

3° La commune doit saisir une juridiction compétente. Sinon, elle s'exposerait à des frais que la décision du conseil de préfecture ou du conseil d'État lui évitera. Il y a lieu de distinguer suivant que l'action pour laquelle l'autorisation est demandée rentre ou non dans l'un des cas de dispense.

Dans le premier cas l'autorisation sera refusée à la commune qui pourra saisir directement la juridiction compétente. Nous citerons comme exemple un arrêt du conseil d'État du 13 mars 1880 visant une espèce toute particulière. (C^e de St-Sauves). La commune poursuivait le trésorier de la fabrique à l'effet de le contraindre à déposer aux archives de la mairie un double de ses comptes aux termes de l'article 89 du décret du 30 décembre 1809.

« Considérant, dit l'arrêt de refus, que l'application de la disposition précitée ne saurait rentrer dans les attributions de l'autorité judiciaire et que c'est à l'administration seule qu'incombe le devoir d'en assurer le respect » Rejet.

Par application du même principe, si, dans un procès où l'autorité judiciaire est compétente sur le fond, des questions connexes administratives paraissaient devoir se soulever, il est presque inutile de dire que l'arrêté d'autorisation ne préjuge en rien la compétence sur ces points particuliers. Le conseil d'État a jugé utile cependant d'insérer dans plusieurs arrêts une réserve de cette nature (1).

(1) 26 décembre 1839 (ville de Quesnoy); 14 janvier 1841 (section de Chatelus); 29 janvier 1840 (commune des Mureaux).

Dans cette première hypothèse, la commune éclairée sur la cause du refus par les motifs de la décision pourra s'adresser directement à la juridiction compétente.

Il en serait autrement si elle demandait à porter devant une autorité incompétente une contestation soumise à l'autorisation, par exemple, une action de la compétence du tribunal de commerce devant l'autorité judiciaire. Dans ce cas l'autorisation lui serait encore refusée, mais le conseil de préfecture pourrait par le même arrêté autoriser la commune à porter l'affaire devant la juridiction compétente.

— Si la commune est défenderesse, le refus d'autorisation irait directement à l'encontre de ses intérêts en l'exposant à une condamnation par défaut ; par suite le but de la loi ne serait pas rempli. Aussi le conseil saisi de la demande accorde dans ce cas l'autorisation en la limitant d'ailleurs au droit d'opposer l'exception d'incompétence (1). L'administration est en même temps prévenue pour qu'elle puisse au besoin élever le conflit.

Ce n'est pas là la seule voie ouverte pour empêcher un procès préjudiciable à la commune. On pourrait encore lui accorder l'autorisation mais élever le conflit devant les juges saisis du litige. S'il était confirmé, l'affaire pourrait être portée directement de-

(1) 25 avril 1845 (sieurs Battle et autres) ; 31 janvier 1848 (commune de Pagny-le-Château) ; 30 janvier 1854 (commune de St-Maurice-sur-Aveyron) ; 21 mai 1874 (ville de Gisors).

vant l'autorité administrative. S'il était rejeté au contraire, le tribunal saisi pourrait statuer en vertu de la première autorisation.

A la situation que nous venons d'examiner, il faudrait assimiler tous les autres cas où la commune demanderait à citer en justice devant un tribunal incompétent mais déjà saisi du litige. L'autorisation lui serait accordée mais pourrait être limitée de la même manière.

B) Nous arrivons aux conditions de fond. Nous entendons par là que la commune ait réellement intérêt au procès qu'elle va engager ou soutenir. Des éléments du débat mis sous les yeux du conseil chargé de donner l'autorisation doit résulter pour lui la conviction que le succès de la commune est probable, qu'elle a des moyens sérieux pour appuyer ses prétentions. Mais ici se pose une question préliminaire. Attribuer au conseil de préfecture le droit d'apprécier d'après les titres proposés par la commune si elle doit ester en justice, c'est lui donner celui de préjuger la contestation. Aussi a-t-on voulu refuser ce pouvoir aux conseils administratifs. On a prétendu renfermer leur intervention dans l'examen des conditions de forme dont nous avons parlé. C'est là une théorie que le conseil d'État a toujours repoussée avec raison. Il a jugé que ce serait limiter d'une manière dérisoire la portée de l'autorisation de plaider, en faire une formalité encombrante et inutile. Sans doute, la nature de la personnalité de la commune

a pour conséquence de permettre à un conseil administratif de préjuger contre elle une contestation, mais en réalité cette dérogation aux principes ne peut lui causer de préjudice sérieux. Le conseil de préfecture juge si les prétentions de la commune sont non pas justifiées, mais vraisemblables, et l'intervention en appel du conseil d'État c'est-à-dire du tribunal le plus élevé de l'ordre administratif est pour elle la plus sûre des garanties.

Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter à cette objection et des décisions fréquentes du conseil d'État refusent l'autorisation lorsque les conditions de fond exigées ne sont pas remplies.

Elles peuvent se ramener à deux. Le procès doit offrir pour la commune un intérêt suffisant et des chances de succès.

Ces deux conditions ne se confondent pas toujours. Il est évident que la première comprend la seconde ; sans chances de succès l'intérêt n'existe pas ; mais la seconde ne suffirait pas, car la commune même avec des chances de succès peut n'avoir aucun intérêt à entamer une instance. Il en serait ainsi par exemple dans le cas où le gain de son procès l'exposerait à une action récursoire (27 août 1840 C^{ne} de Piolène) ou simplement si les frais restant définitivement à sa charge étaient plus considérables que l'intérêt en jeu.

Il est inutile d'insister sur cette condition. Sans aller jusqu'à dire avec M. de Cormenin, que l'auto-

risation ne doit être refusée que sur la manifeste injustice ou la complète nullité des moyens invoqués par la commune, il est évident que l'examen du conseil de préfecture ne devra pas être trop rigoureux sur la valeur des titres allégués ou des moyens produits à l'appui de ses prétentions. Pour emprunter au droit civil une expression qui paraît rendre assez bien la pensée de la loi, les conseils administratifs doivent apprécier en bon père de famille si le procès est justifié par l'intérêt de la commune.

— Devons-nous considérer comme encore en vigueur l'article 43 de l'édit d'août 1764, exigeant pour que l'autorisation puisse être accordée par le conseil de préfecture, l'avis préalable de trois jurisconsultes ? Que le silence des lois de 1837 et de 1884 ait abrogé ou non cette disposition, elle est complètement tombée en désuétude ; il nous semble qu'il n'y a aucun motif bien sérieux pour la faire revivre. Elle reste d'ailleurs facultative aussi bien pour le conseil de préfecture que pour le conseil d'État, qui peuvent prendre en vue de s'éclairer telles mesures qu'ils jugent utiles.

TITRE II. — *Conditions de l'autorisation pour le contribuable.*

Le droit du contribuable est subordonné comme celui de la commune à l'autorisation du conseil de préfecture ou du Conseil d'État. Ils auront à vérifier dans quelle mesure sa demande est justifiée par l'intérêt de la commune, si le moment choisi par lui n'est pas de nature à en compromettre les droits.

Cette première condition n'a pas paru suffisante à la jurisprudence du conseil d'État. Sans faire, comme pour la commune, des chances de succès une condition essentielle, elle a pensé que celle-ci était intéressée à une heureuse issue du procès, qu'un échec, même sur un point étranger au fond du litige, pourrait compromettre ses intérêts en l'exposant à la péremption de droits susceptibles de se prescrire. Aussi exige-t-elle qu'aucune fin de non-recevoir ne puisse *de plano* amener devant la juridiction que le contribuable se propose de saisir le rejet de sa demande.

C'est ainsi que l'autorisation lui sera refusée s'il veut porter l'affaire devant un tribunal incompétent, soit qu'il veuille saisir l'autorité judiciaire d'une action de la compétence administrative ou l'autorité administrative d'une action de la compétence judiciaire. (C. d'État, 17 août 1882, commune de Donne-marie).

CHAPITRE V

DANS QUELLES FORMES L'AUTORISATION DOIT ÊTRE DONNÉE.

L'autorisation peut être donnée soit par le conseil de préfecture, soit par le Conseil d'Etat, réformant une décision d'un conseil de préfecture. Nous distinguerons dans les deux hypothèses suivant que la commune est demanderesse ou défenderesse.

SECTION I. — *Rôle du conseil de préfecture.*

§ 1. — *Commune demanderesse.*

Le maire chargé de l'exécution peut seul former au nom de la commune une demande en autorisation de plaider devant le conseil de préfecture. Il ne peut d'ailleurs le faire qu'en vertu d'une délibération du conseil municipal. Nous avons déjà cité des arrêts du Conseil d'Etat en ce sens. Nous remarquons que c'est la demande d'autorisation elle-même et non pas seulement la formation de l'instance qui doit être précédée d'une délibération conforme. L'autorisation ne sera jamais accordée sans que le con-

seil de préfecture ait pu s'assurer de l'assentiment du conseil municipal.

Quelle est la nature de la demande en autorisation ? A-t-elle quelques effets vis-à-vis des tiers ? Peut-elle faire courir les intérêts ou interrompre la prescription ? Non. Prise dans l'intérêt exclusif de la commune, l'autorisation de plaider n'a d'effet que vis-à-vis d'elle. Il en doit être *à fortiori* de même pour la demande en autorisation. Les intérêts de la commune sont sauvegardés puisque le maire a toujours le droit de faire des actes conservatoires.

La demande est donc portée devant le conseil de préfecture qui, d'après le § 3 de l'article 121 doit statuer dans un certain délai.

« Dans les cas prévus par les deux paragraphes
« cédents, la décision du conseil de préfecture doit
« être rendue dans les deux mois à compter du jour
« de la demande en autorisation. »

La loi de 1837 (art. 52), fixait au conseil de préfecture un délai pour statuer, mais seulement dans le cas où la commune était défenderesse. Le changement apporté sur ce point dans la législation par la loi de 1884 tient à une innovation plus importante contenue dans la fin de l'art. 121. « A défaut
« de décision rendue dans ledit délai, la commune est
« autorisée à plaider. » C'est là l'autorisation tacite, résultant de la simple expiration d'un délai, dont les conditions et les effets sont d'ailleurs les mêmes que ceux de l'autorisation expresse.

C'est le contre-pied pour ainsi dire, de la règle contenue dans l'art. 54 de la loi de 1837, « En aucun cas, la commune ne pourra défendre à l'action qu'autant qu'elle y aura été expressément autorisée, » applicable d'après cette loi aussi bien à la commune demanderesse que défenderesse. Dans le premier cas aucun délai n'était assigné au conseil de préfecture pour statuer. De là de graves inconvénients. Si le conseil gardait le silence c'était en fait un refus non motivé d'autorisation contrairement à l'article 53 de la loi. On tenait en suspens les droits de la commune et même ceux des tiers, car il ne faut pas oublier que le maire pouvait toujours, dans l'intérêt de la commune, faire tous les actes interruptifs des déchéances. C'était aussi permettre aux conseils de préfecture d'apporter une grande négligence dans l'expédition des affaires qui leur sont soumises.

A tous ces points de vue, l'innovation de la loi de 1884 présente de réels avantages ; mais la circulaire du ministre de l'Intérieur, du 15 mai 1884, fait observer avec raison qu'elle pourrait aussi offrir des dangers, si les conseils de préfecture venaient à abdiquer la mission qui leur est confiée.

Un arrêté d'autorisation suppose en effet, un examen sérieux de l'affaire ; le but de la loi n'est certainement pas de dispenser le conseil de préfecture de cet examen. La mission d'autorisation n'a de sens que s'il en résulte un contrôle effectif de l'utilité de

l'exercice de l'action pour la commune. C'est à ce point de vue que se plaçait probablement M. de Gavardie lorsqu'il s'élevait à la tribune du Sénat contre l'autorisation tacite. On comprend, en effet, l'inutilité absolue d'une autorisation tacite. L'expiration d'un délai n'atteint en aucune façon le but poursuivi par la loi.

Cette disposition ne doit même pas être considérée comme établie en vue de cas exceptionnels. Elle doit être envisagée comme une simple injonction au conseil de préfecture de statuer dans le délai de deux mois. Elle n'a de réelle utilité qu'autant qu'on ne l'applique pas. Aussi, la circulaire précitée recommande aux préfets de veiller avec soin à ce que les conseils statuent dans les délais légaux.

Il est important de préciser le point de départ du délai de deux mois dans lequel le Conseil doit statuer. L'article 121 dit « deux mois à compter du « jour de la demande en autorisation. »

Que faut-il entendre par le jour de la demande en autorisation ? Plusieurs solutions ont été proposées.

Pour trancher la question, il ne faut pas oublier que c'est au Conseil de préfecture à se prononcer dans le délai fixé. Il faudra donc qu'il soit saisi par une sorte de mise en demeure. Le point de départ du délai ne peut donc être, d'après nous, ni le jour de la délibération du conseil municipal, ni celui où la demande est adressée par le maire. Nous pen-

sons, avec M. Morgand, qu'on devrait se référer au jour de son enregistrement, au greffe du Conseil de préfecture.

Quelles solutions le Conseil de préfecture peut-il donner à la demande formée devant lui ?

Il peut accorder ou refuser l'autorisation, l'accorder sur certains chefs, la refuser sur d'autres. Les chefs d'une instance constituent pour ainsi dire plusieurs causes distinctes, souvent indépendantes. et on comprend que les unes puissent être justifiées, alors que les autres n'ont aucun fondement sérieux. Il ne dépendrait pas de la commune d'éluider l'application de cette règle, en comprenant sous une demande unique, les éléments de prétentions multiples qu'il serait possible de distinguer (3 mars 1841, fabrique de Périgueux).

Le Conseil d'Etat a décidé qu'il n'y avait dans des décisions de ce genre, aucun excès de pouvoir de la part du Conseil de préfecture, notamment par un arrêt du 31 janvier 1848 (Commune de Pagny-le-Château).

« Considérant qu'en n'accordant à la commune
« ladite autorisation qu'à l'effet d'opposer une fin
« de non-recevoir, tirée de ce qu'il n'aurait pas été
« préalablement décidé si les hameaux ci-dessus
« désignés constituent des sections dépendantes de
« la commune de Pagny, le Conseil de préfecture
« n'a point excédé les limites de sa compétence et
« de ses pouvoirs et que son arrêté ne constitue

« qu'un acte de tutelle administrative contre lequel
« la commune n'est pas recevable à se pourvoir de-
« vant nous par la voie contentieuse. » Rejet.

Nous n'avons pas à revenir, quant aux conséquences du silence gardé par le Conseil de préfecture, sur la demande portée devant lui.

§ 2. — *Commune défenderesse.*

I. — L'action, dans ce cas, n'est plus engagée par la commune, mais par son adversaire. L'article 124 établit les conditions d'exercice auxquelles il est astreint, la procédure qui doit être suivie.

« Aucune action judiciaire, autre que les actions
« possessoires, ne peut, à peine de nullité, être in-
« tentée contre une commune qu'autant que le de-
« mandeur a préalablement adressé au préfet ou au
« sous-préfet un mémoire exposant l'objet et les
« motifs de sa réclamation. Il lui en est donné ré-
« cépissé. »

Cette formalité du mémoire à déposer a remplacé, nous l'avons vu, dans la loi de 1837, la demande en autorisation exigée auparavant des créanciers par l'arrêté des consuls du 17 vendémiaire an X.

On l'a de plus appliquée non seulement aux actions personnelles, mais aux actions réelles où les mêmes motifs la justifient.

Elle est aussi exigée des adversaires de l'état

d'après l'art. 15, tit. III, L. 5 nov. 1790, ou du département d'après l'art. 55 L. 10 août 1871.

Dans tous les cas, le but de la loi est le même ; il s'agit de prévenir l'administration qui usera de tous les moyens propres à éviter un procès. Si une transaction est impossible, la commune sera mise en demeure de solliciter l'autorisation.

Une jurisprudence constante, conforme d'ailleurs aux termes et à l'esprit de la loi de 1837, avait déduit de là une conséquence importante au point de vue de l'étendue d'application de cette formalité.

C'est que le mémoire ne devait être considéré que comme une mesure préliminaire de l'autorisation de plaider nécessaire à la commune ; d'où résultait comme conséquence la dispense de la première formalité lorsque la seconde était inutile.

Cette jurisprudence s'appuyait sur l'enchaînement des articles 51 et 52 de la loi de 1837. L'article 52 ne peut s'appliquer que pour une demande soumise à autorisation, et il ne fait qu'achever de réglementer la procédure dont les débuts sont tracés par l'article 51. Les débats de la loi de 1837 étaient aussi favorables à cette manière de voir.

La loi de 1884 est peut-être plus explicite encore dans le même sens ; l'art. 124 exclut formellement les actions possessoires de la règle générale ;

ce n'est là qu'une des applications du principe indiqué.

La jurisprudence en a déduit la solution de questions analogues à celles que nous avons vues se soulever au point de vue de l'étendue de l'autorisation.

C'est ainsi qu'elle a déclaré le dépôt d'un mémoire inutile :

1^o Pour intenter une action administrative. La même solution est admise, pour des motifs différents, en ce qui concerne les actions dirigées contre l'État ;

2^o En ce qui concerne les actions judiciaires, nous retrouvons les mêmes distinctions que celles faites précédemment.

Nous excepterons :

a). Les actions possessoires, en vertu de l'art. 124 de la loi nouvelle. Un arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1864 (D. P. 1865, 1, 412) qui consacrait déjà cette solution, en tire cette conséquence que le dépôt du mémoire présenté à tort dans une action de cette nature ne peut avoir d'effet au point de vue de la prescription (1).

b). Les actions en référé. C'est là ce qui résulte de l'arrêt de cassation du 10 avril 1872 (Gatti di Vivario), rendu sur les conclusions conformes de M. Reverchon :

1) C. Cass. 20 nov. 1871 (Vve Natey).

« Il faut reconnaître, dit-il, que le référé constitue une action en justice; cette action est portée devant un seul juge à cause de l'urgence, mais ce juge statue par délégation ou par représentation du tribunal dont il fait partie et rend un jugement proprement dit à tel point que sa décision est susceptible d'appel et que l'appel en est porté directement devant la Cour. Mais si le cas de référé n'est pas formellement excepté de la règle écrite dans les art. 49 et 51 L. de 1837, l'exception résulte virtuellement et nécessairement des dispositions mêmes du Code de procédure.

« En organisant cette procédure spéciale, les articles 806 et suivants du Code de procédure ont entendu exclure toute autre forme et notamment celles qui seraient incompatibles avec l'essence et le but même du référé. »

Il résulte de ces motifs, en même temps que la dispense d'autorisation pour la commune, la dispense de la formalité du mémoire à déposer pour son adversaire.

c). Les contestations relatives à l'application d'un tarif d'octroi. Le motif de la jurisprudence est toujours le même; ce sont là des matières réglementées par des textes spéciaux qui se suffisent à eux-mêmes. *Specialia generalibus derogant*.

Nous citerons les considérants de l'arrêt de cassation du 2 fév. 1848 (D. 1848 p. 59).

« Vu les articles 1 de la loi du 2 vendémiaire an
« VIII, 13 de la loi du 27 frimaire au VII et 81 de
« l'ordonnance réglementaire du 9 décembre 1814.

« Attendu que ces dispositions législatives n'exi-
« gent nullement le dépôt préalable d'un mémoire
« adressé au préfet ni l'autorisation de la commune
« pour défendre à l'action; qu'on ne peut appliquer
« la loi de 1837 à une *matière fiscale régie par une légis-*
« *lation spéciale.* » Rejet.

Il y a donc dispense dans tous ces cas, 1^o du dépôt
préalable d'un mémoire; 2^o de l'autorisation accordée
à la commune pour défendre à l'action.

d). Il en serait de même des oppositions aux con-
traintes délivrées en vertu de l'art. 154 de la loi mu-
nicipale.

e). Nous pensons contrairement à l'arrêt de cas-
sation du 2 octobre 1847 (D. 48. 5. 56) qu'il n'y a
pas lieu de faire une exception dans le cas de com-
munes citées devant la juridiction correctionnelle
comme responsables civilement des condamnations
pécuniaires prononcées contre leurs agents.

« Attendu, dit cet arrêt, qu'aux termes des arti-
« cles 92 et 112 combinés du code forestier les com-
« munes propriétaires ou usagères de bois sont ga-
« rantes solidaires des condamnations pécuniaires
« prononcées contre les agents d'exploitation des
« coupes qu'elles font exécuter... etc. Attendu que
« l'article 51 de la loi de 1837 n'est pas applicable
« aux actions pénales.

« Que la nature spéciale de la juridiction appelée
« à en connaître, les formes et les délais qu'elle com-
« porte et l'intérêt public qui s'attache à la répres-
« sion ne permettait pas d'invoquer ledit article 51
« en cette matière. »

Cette doctrine est en opposition avec celle que nous avons soutenue relativement à l'application des règles de l'autorisation de plaider. L'arrêt précité invoque trois arguments : la nature spéciale de la juridiction appelée à en connaître, les formes et les délais que comporte la procédure, et l'intérêt public qui s'attache à la répression.

Les mêmes raisons que nous avons fait valoir lorsqu'il s'est agi de décider si une commune devait se munir de l'autorisation pour porter une action devant une juridiction criminelle s'appliqueraient ici ; il s'agit d'une action judiciaire et on comprend difficilement pourquoi les conditions d'exercice varieraient suivant que la même action est portée devant le tribunal civil ou un tribunal criminel. Les raisons pour la commune de céder à une demande fondée sont les mêmes dans les deux cas. En ce qui concerne le dernier argument plus directement applicable dans l'espèce, l'intérêt de la répression nous semble devoir rester en dehors de la question examinée ; la commune n'est pas et ne peut pas être poursuivie pour un délit, mais seulement comme responsable envers l'Etat des condamnations prononcées, c'est seulement pour la poursuite pénale contre

les auteurs même du délit que des formalités spéciales ne doivent pas venir entraver l'action du ministère public.

Il va sans dire que dans le cas où il ne s'agirait pas d'une véritable instance, par exemple, pour des contraintes administratives décernées contre une commune, le mémoire n'est pas exigé. Ce n'est que dans le cas d'assignation directe qu'on rentre dans la règle générale.

— Relativement à l'étendue d'application du principe ainsi limité, nous rappellerons la distinction entre les actions introductives d'instance et celles qui ne sont que la suite d'un procès déjà engagé. Le mémoire n'est utile qu'au début et comme formalité préliminaire de l'autorisation nécessaire à la commune.

Il ne serait donc pas nécessaire pour plaider sur des incidents, sur des difficultés nées de l'exécution d'un jugement précédent, etc.

Une autre conséquence des mêmes principes c'est qu'un mémoire préalable ne sera pas exigé lorsqu'il s'agira d'attaquer un jugement précédemment rendu en faveur de la commune. Toute voie de recours dans ce cas la suppose nécessairement défenderesse et par suite dispensée de l'autorisation. Il en serait ainsi pour un appel, un pourvoi en cassation, ou une requête civile formée par l'adversaire de la commune ; il en serait dispensé aussi pour former opposition à une condamnation par défaut pronon-

cée contre lui. Les parties conservent d'ailleurs dans ce dernier cas la situation respective qu'elles avaient lors du premier jugement. L'opposition a pour unique effet de le faire tomber, mais l'adversaire de la commune conserve sa qualité de défendeur et par suite la formalité du mémoire ne s'appliquerait pas.

Nous ajouterons qu'il n'y a dans la loi aucune distinction suivant la qualité de l'adversaire de la commune. Toute partie y sera donc soumise, que ce soit l'Etat, le département, une autre commune ou un établissement public ou d'utilité publique.

— Nous avons à nous demander quels sont les effets de la formalité que nous venons d'étudier. L'art. 124 § 2 et 3 nous en indique deux.

« L'action ne peut être portée devant les tribunaux que deux mois après la date du récépissé, sans préjudice des actes conservatoires. »

Le premier effet du dépôt du mémoire est donc d'arrêter l'exercice de l'action pendant deux mois. Pendant ce temps, la commune prévenue pourra solliciter et obtenir l'autorisation.

Cette disposition en faveur de la commune aurait pu compromettre les intérêts de son adversaire. On a dû prendre des mesures pour les sauvegarder. C'est d'abord la disposition finale du § 2 de l'article 124 « sans préjudice des actes conservatoires » et le § 3 du même article « La présentation du mémoire interrompt toute prescription ou déchéance

« si elle est suivie d'une demande en justice dans le
« délai de 3 mois. »

L'art 51, § 2, L. de 1837, édictait la même règle :

« La présentation du mémoire interrompra la
« prescription et toutes déchéances. »

L'art. 37 de la loi du 10 mai 1838 relatif à une action dirigée contre un département suspendait pendant deux mois le cours de toute prescription.

Enfin la loi du 10 août 1871 contenait une disposition identique à celle de la loi municipale de 1884. Ces deux dernières lois subordonnent l'effet interruptif de la prescription à l'exercice de l'action dans un délai de trois mois (1). Cette dernière restriction est de toute justice. Le système de la loi de 1837 en faisant résulter de la présentation du mémoire l'interruption de la prescription établissait un rapprochement naturel entre cette formalité et celle de la citation en conciliation. Devait-on pousser l'assimilation plus loin et exiger dans les deux cas, pour que cet effet se produise, les mêmes conditions.

Si on pouvait admettre à la rigueur qu'il fût subordonné à l'introduction de l'instance, il paraissait impossible de passer en l'absence d'un texte, un délai fatal dans lequel elle aurait dû être intentée. Les droits de la commune en adoptant cette solution auraient toujours été tenus en suspens pendant

(1) Le projet de loi de 1850 fixait un délai de deux mois ; celui préparé par la commission de l'Assemblée législative un délai d'un mois, de même que celui présenté par le gouvernement en 1877.

tout le temps nécessaire pour que la prescription fût acquise. Aussi l'innovation des lois de 1871 et de 1884 constitue un réel progrès. Elle met obstacle à ce que l'adversaire de la commune puisse par un simple acte extra-judiciaire se procurer le bénéfice de l'interruption de la prescription contrairement aux dispositions du Code civil.

L'effet de la présentation du mémoire, si l'action est formée dans les délais, sera « d'interrompre la prescription et toute déchéance » En d'autres termes les effets produits seront à ce point de vue les mêmes que ceux d'une citation en justice.

Comment expliquer la disposition déjà citée de l'article 124 qui permet à l'adversaire de la commune de faire des actes conservatoires. Si le dépôt du mémoire a pour effet d'empêcher la péremption de tous droits lui appartenant quels avantages peut-elle lui offrir ?

Ceci ne peut s'expliquer selon nous que parce que la loi n'a entendu attacher à la formalité du dépôt du mémoire que les effets sur lesquels elle s'est exprimée en termes formels, c'est-à-dire d'empêcher toutes déchéances. Quant aux autres effets d'une citation en justice, tels que le cours des intérêts ou la restitution des fruits, elle a entendu les laisser sous le régime du droit commun : Nous appliquerons dans ce cas la doctrine qui résulte d'un arrêt du 23 décembre 1846 (J. P. 1841 p. 430) relativement aux effets du mémoire dans une action dirigée

contre l'Etat. « Attendu que l'article 15 de la loi du
« 5 novembre 1790 n'a attaché exceptionnellement
« à la remise et à l'enregistrement du mémoire qu'il
« exige comme le préalable de toute action contre
« l'Etat que l'effet d'interrompre la prescription ; que
« loin d'assimiler le mémoire à la demande judi-
« ciaire il l'en distingue soigneusement, etc. » Les ac-
tes conservatoires dont parle l'article 124 seront donc
utiles à l'adversaire de la commune en ce qu'ils
pourront produire tous les effets ordinaires autres
que ceux dont parle le § 3 du même article.

II. — La commune, avons-nous dit, a un délai de
deux mois pour obtenir l'autorisation de défendre.
L'action est suspendue pendant ce temps. L'article
125 régleme la procédure qu'elle doit suivre dans
ce but.

« Le préfet ou le sous-préfet adresse immédiate-
« ment le mémoire au maire avec l'invitation de
« convoquer le conseil municipal dans le plus bref
« délai pour en délibérer. »

Le conseil municipal est donc mis en demeure de
se prononcer. Il a le choix entre plusieurs partis. Il
peut décider qu'il y a lieu de soutenir le procès,
d'acquiescer à la demande ou de transiger sauf l'ac-
complissement des formalités requises ou encore de
laisser prendre contre la commune une condamna-
tion par défaut. Dans tous les cas son avis sera
exprimé dans une délibération qui d'après l'art. 125.

devra être transmise au conseil de préfecture. Dans l'hypothèse improbable où il ne délibérerait pas sur la question qui lui est soumise, pour rester dans les termes de l'article précité, il faudrait transmettre au conseil le procès-verbal de la délibération constatant précisément l'absence de toute discussion sur ce point. (1)

Quelle est alors la mission du conseil de préfecture ? Nous avons déjà eu l'occasion de dire que c'était un principe fondamental de notre organisation municipale que le conseil municipal seul avait qualité pour représenter la commune dans la sphère de la délibération, pour décider si elle devait intenter une action en justice ou y défendre, le maire n'étant que l'exécuteur de ses décisions. Nous avons ajouté qu'il était à peu près universellement reconnu maintenant que si le maire se refusait à exécuter une décision du conseil le préfet pouvait, en vertu de l'article 15 de la loi municipale, se substituer à lui et l'accomplir au nom de la commune.

L'intervention de l'autorité administrative représentée par le conseil de préfecture apporte-t-elle quelques modifications à ces principes ? Pour ne pas scinder des explications sur deux questions qui se touchent de près nous avons réservé jusqu'ici l'examen des deux cas de la commune demanderesse ou défenderesse.

(1) En ce sens M. Ducrocq (à son cours).

En premier lieu, le Préfet peut-il avec l'autorisation du conseil de Préfecture déléguer à un tiers le droit d'exercer une action au nom de la commune ?

Quelques arrêts l'ont admis dans des cas où la commune défenderesse en première instance refusait de se pourvoir contre la décision qui l'avait frappée.

Dans l'espèce visée par un arrêt de la cour de Riom du 15 février 1848 (D. 1848. 2. 158) il s'agissait de former opposition à un jugement rendu par défaut contre la commune. Cet arrêt reconnaissait au Préfet, en vertu de l'article 15 de la loi de 1837 le droit de déléguer à un tiers l'exercice de l'action sans distinguer s'il y avait ou non assentiment du conseil municipal.

C'était faire de cet article une application tout à fait contraire à l'esprit de la loi. En admettant, comme nous l'avons déjà fait, qu'il n'y ait pas lieu de distinguer suivant que l'acte imposé au maire était placé sous le contrôle ou sous la surveillance de l'autorité supérieure, la condition essentielle d'application de cet article était, qu'il s'agit un acte formellement imposé au maire par la loi. Or, aux termes des articles 10 et 19 combinés de la loi de 1837, la représentation de la commune en justice appartenait au maire, la délibération au conseil municipal : par suite, sur le refus de ces derniers, non seulement le maire ne pouvait être forcé d'agir mais il n'en avait pas le droit. L'autorisation donnée

par le conseil de préfecture n'apportait aucune dérogation à ces principes. Il n'avait que le droit de contrôler, d'approuver la délibération du conseil municipal, bien différent du droit de décider.

Dans le même sens, deux arrêts de la cour de Bourges du 30 avril 1856 et du 27 février 1861 (D. 1857. 2. 27 — 1863. 2. 57) reconnaissaient au Préfet le droit d'interjeter appel de jugements rendus contre la commune.

Ils invoquaient un prétendu droit de tutelle du Préfet sur les affaires communales. En l'absence de textes à l'appui, cet argument n'est pas sérieux, car il tranche la question par la question. Il s'agit précisément de savoir si la mission de contrôle du représentant de l'état, improprement qualifiée de tutelle, peut aller jusqu'à lui permettre de substituer son action à celle des représentants naturels de la commune.

La Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire dans deux arrêts des 28 juin 1843 et 27 mai 1850 (D. 43, 1, 300 — 1852, 1, 145).

« Attendu, dit ce dernier arrêt, que le droit de
« surveillance qui est attribué aux Préfets par la loi
« du 18 juillet 1837 sur les actes de l'autorité muni-
« cipale, ne va pas jusqu'à leur permettre de se
« substituer à cette autorité dans le cas de refus
« de celle-ci d'intenter une action en justice ou d'y
« défendre ; qu'il ne saurait appartenir au préfet
« d'engager contre le gré des représentants directs

« de la commune un procès qui pourrait être une
« cause de ruine pour elle ; que d'ailleurs la loi a
« suffisamment armé l'autorité préfectorale contre
« les refus qui en pareil cas auraient leur principe
« dans un concert frauduleux de la part du maire
« ou du conseil municipal en lui conférant le droit
« d'avertissement, d'injonction et même celui de
« provoquer la révocation du maire et la dissolution
« du conseil municipal, etc. »

Aucune controverse ne paraît plus devoir s'élever sur la jurisprudence contenue dans ces arrêts.

La même question a fait, au cas où la commune est défenderesse l'objet d'une vive controverse.

Plusieurs arrêts de cour d'appel avaient reconnu à un délégué du Préfet le droit de défendre au nom de la commune sur le refus du maire et du conseil municipal. Ils s'appuyaient sur l'article 52 de la loi de 1837 ainsi que sur une délibération assez confuse à ce sujet lors de la rédaction de la loi.

D'après cet article « la délibération du conseil municipal sera dans tous les cas transmise au conseil
« de préfecture qui décidera si la commune doit
« être autorisée à ester en jugement. »

On reconnaissait qu'en principe la commune était représentée en justice par le corps municipal mais on prétendait trouver dans l'article précité une raison d'appliquer dans cette hypothèse l'article 15 de la loi de 1837.

La loi, disait-on, en permettant au conseil de pré-

fecture de décider dans tous les cas, c'est-à-dire qu'il y ait ou non assentiment du conseil municipal, si la commune doit être autorisée à ester en justice contient une injonction qui lui est adressée, de se conformer à la décision de l'autorité administrative. Si donc le maire manque à ce devoir, l'article 15 permettra au préfet de se substituer à lui pour l'accomplir. La Cour de cassation, par plusieurs arrêts entre autres ceux des 30 novembre 1863 et 3 avril 1867, ce dernier rendu toutes chambres réunies, s'est prononcée en sens contraire (1). Elle a interprété dans son sens naturel l'article 52, en décidant qu'il ne faisait qu'ouvrir à la commune une simple faculté dont elle était libre d'user ou non, mais qu'il n'avait pas entendu porter atteinte au droit d'initiative que lui reconnaissaient toutes nos lois.

Cette jurisprudence n'était cependant pas à l'abri de tout inconvénient pratique. Des habitants ont souvent tenté par une entente frauduleuse avec les administrateurs des communes de dépouiller celles-ci de parties souvent considérables de leur patrimoine, surtout de leurs propriétés forestières. Aussi, lors de la rédaction de la loi de 1884, le ministre de l'agriculture vint-il proposer de modifier la loi de 1837 dans le sens contraire à la jurisprudence de la

(1) Dans le même sens, Paris, 13 août 1860 (Administration des forêts), Cass., 27 mai 1858, D. P., 52, 1, 145. — V. pour la jurisprudence sur cette question : D. P., 63, 1, 448 et 65, 1, 249.

Cour de cassation. Aux mots « le conseil de préfecture décide si la commune doit être autorisée à ester en justice on substituait « si la commune doit ester en justice. » Ce n'était plus une faculté, mais une obligation pour elle.

Cette rédaction adoptée par la Chambre des députés fut repoussée par le Sénat (1). Il pensa que des cas exceptionnels ne justifiaient pas une extension aussi considérable aux pouvoirs de l'État, et une dérogation au principe fondamental de l'indépendance des communes pour ne pas faire. Le remède proposé était d'ailleurs inefficace, car rien n'était plus facile aux administrateurs des communes que de simuler pour empêcher l'intervention des préfets une défense qui n'aurait eu rien de réel. L'unique sauvegarde devait consister dans la vigilance des tribunaux et plus spécialement du ministère public auquel la loi confie la garde des intérêts communaux.

La jurisprudence antérieure fut donc consacrée et le texte de l'art. 52 L. 1837 conservé dans l'article 125, sauf la suppression insignifiante des mots « dans tous les cas » de la loi ancienne (2).

L'article 125 § 3 fixe un délai de deux mois dans lequel le conseil de préfecture doit statuer sur l'auto-

(1) Sénat, séance du 29 mars 1884, *J. off.* du 30.

(2) V. sur cette question M. Ducrocq, (*Etudes sur la loi municipale*, p. 41 et suiv.)

risation à accorder. Le point de départ de ce délai est d'après l'article 125, le dépôt du mémoire, c'est-à-dire la date du récépissé dont parle l'article 124.

Il y a contradiction entre la disposition de cet article et celle de l'art. 121, qui s'applique aux deux cas de la commune demanderesse et défenderesse.

« Dans les cas prévus par les deux paragraphes « précédents, la décision du conseil de préfecture « doit être rendue dans les deux mois à compter du « jour de la demande en autorisation. A défaut de décision rendue dans ledit délai, la commune est « autorisée à plaider. » Ainsi, d'après l'article 125, le point de départ du délai serait la date du récépissé dont parle l'article 124 : d'après l'article 121, ce serait le jour de la demande en autorisation. C'est cette dernière disposition à laquelle il faut s'attacher. La première conduirait à des conséquences inadmissibles. Qu'on suppose, en effet, des lenteurs de la part du préfet pour transmettre le mémoire au maire, de la négligence de sa part pour convoquer le conseil municipal et il pourra se faire que la délibération ne parvienne au conseil de préfecture qu'après l'expiration du délai de deux mois qui lui est accordé pour statuer. Il serait tout à fait absurde de voir ici un cas d'autorisation tacite. En présence des deux dispositions contradictoires de la loi il vaut mieux s'attacher à celle de l'article 121. Par le jour de la demande en autorisa-

tion, nous entendrons comme dans le cas où la commune est demanderesse le jour où la délibération du conseil municipal est enregistrée au greffe du conseil de préfecture. C'est là le point de départ qui lui sera accordé pour statuer ; s'il garde le silence, la commune sera tacitement autorisée. Il peut se faire que la décision du conseil de préfecture soit rendue avant l'expiration du délai de deux mois pendant lequel l'action est suspendue ; d'après l'article 14 de la loi de 1837, rien ne s'opposait plus à ce que l'action fut immédiatement introduite. La même décision serait-elle applicable aujourd'hui ? M. Morgand distingue suivant que le conseil de préfecture accorde ou refuse l'autorisation. Dans le premier cas seulement l'instance pourrait s'engager après la décision du conseil, avant l'expiration du délai. Nous pensons qu'il vaut mieux s'en tenir au texte de l'article 124, et décider avec la circulaire ministérielle du 15 mai, que dans aucun cas l'action ne pourra être portée devant les tribunaux avant l'expiration des deux mois. Au point de vue logique, cette solution est préférable. La décision du conseil de préfecture n'intéresse que la commune ; son adversaire ne peut en justifier ; il n'a aucun moyen de savoir à quel moment elle sera rendue. En outre, dans le cas de refus d'autorisation, la dernière période du délai permettra à la commune, si elle le juge utile, de se pourvoir devant le Conseil d'État. S'il n'est pas suffisant et que l'instance

soit engagée, elle devrait être suspendue, sur la demande de la commune, pour lui laisser le temps d'obtenir la réformation de l'arrêté du conseil de préfecture.

Il nous reste à examiner les divers partis que peut prendre le conseil :

1° Il peut accorder l'autorisation : l'accorder sur certains chefs, la refuser sur d'autres. La commune sera réputée défaillante sur les chefs pour lesquels l'autorisation ne lui aura pas été accordée ;

2° Il peut la refuser pour le tout. La commune ne pourra paraître à l'audience ; elle sera donc jugée par défaut.

Le tribunal pourra-t-il rejeter la prétention du demandeur ? Sans aucun doute. La cause sera d'ailleurs communiquée au ministère public.

La commune sera-t-elle reçue à former opposition contre la décision rendue ? (Il ne peut être question de tierce opposition, personne n'ayant figuré en son nom dans l'instance). Nous avons déjà vu qu'une autorisation lui serait nécessaire, et il est probable qu'elle lui sera refusée.

3° Enfin le conseil peut négliger de statuer dans les délais.

En vertu de l'article 121, la commune sera autorisée à plaider. Les effets de cette autorisation tacite seront, comme nous l'avons déjà dit pour la commune demanderesse, les mêmes que ceux de l'autorisation expresse. Mais il se présente une difficulté

que nous n'avons pas résolue. Comment la commune pourra-t-elle justifier de l'absence de décision du conseil de préfecture ?

Nous ne voyons pas d'autre solution possible que la production d'un certificat du greffe de ce conseil.

SECTION II. — *Rôle du conseil d'Etat.*

Le conseil d'Etat peut être saisi d'un recours non contentieux contre la décision du conseil de préfecture. Nous avons déjà indiqué les principaux caractères communs aux décisions administratives rendues en matière d'autorisation de plaider. Il ne nous reste plus qu'à examiner dans quelles formes le pourvoi peut être introduit et quelles hypothèses peuvent se présenter. Nous supposerons un arrêté régulier du conseil de préfecture. S'il était entaché d'un vice quelconque nous verrons plus loin par qui et pour quels motifs l'annulation pourrait en être demandée. Nous ne nous occupons pour le moment que du recours administratif ouvert à la commune par l'article 126 et par lequel elle sollicite du conseil d'Etat la réformation de l'arrêté du conseil de préfecture lui refusant l'autorisation.

La loi de 1837 distinguait les deux cas de la commune défenderesse ou demanderesse (art. 50 et 53).

La loi de 1884 les a réunis dans un même article :

« La commune, la section de commune ou le con-

« tribuable auquel l'autorisation a été refusée peut
« se pourvoir devant le conseil d'Etat. »

Par qui doit être formé le pourvoi ? « En cas de
« refus de l'autorisation le maire pourra, en vertu
« d'une délibération du conseil municipal, se pour-
« voir devant le roi, en son conseil d'Etat, confor-
« mément à l'article 50 ci-dessus » (art. 53, L.
1837). Il faut donc assimiler la formation du pour-
voi à la demande en autorisation ; le droit de décider
appartient au conseil municipal, le soin d'exécuter
au maire.

Pas plus que pour la demande en autorisation, il
ne saurait être question d'accorder au ministre de
l'intérieur le droit de se pourvoir contre la décision
du conseil de préfecture. Si on craint une négligence
de la part des administrateurs de la commune, on
peut inviter le maire à prendre une délibération
dans ce sens, mais le droit de l'administration s'ar-
rête là.

La délibération du conseil municipal trace les li-
mites dans lesquelles le pourvoi peut être valable-
ment formé par le maire. Si donc, le Conseil a jugé
à propos de ne demander la réformation que d'une
partie de l'arrêté du conseil de préfecture, c'est sur
cette partie seulement que le Conseil d'Etat sera
appelé à se prononcer (30 juin 1841, commune de
Gespunsart).

Aussi le procès-verbal de la délibération doit-il
toujours être joint au pourvoi.

Il peut être introduit directement ou par l'intermédiaire du projet. Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 1^{er} juillet 1840, recommande la première voie comme plus sûre que la seconde. Une décision du Conseil d'Etat, en effet, a déclaré déchuë une commune dont le recours n'était pas arrivé en temps utile, par suite de lenteurs administratives.

C'est l'application stricte de l'art. 50 L. 1837 :
« Le pourvoi devra, à peine de déchéance, avoir
« lieu dans le délai de trois mois, à dater de la
« notification de l'arrêté du Conseil de préfec-
« ture. »

L'article 126 de la loi de 1884 y a substitué un délai de deux mois. Le point de départ du délai est toujours la notification de l'arrêté du Conseil de préfecture. Par qui doit être faite cette notification ? Il s'agit d'une mesure administrative concernant la commune. Le pourvoi sera donc notifié en cette forme par le préfet ou le sous-préfet au maire. L'adversaire de la commune n'aurait ni qualité, ni intérêt pour le faire notifier par exploit d'huissier (24 mai 1851, commune de Chigy).

D'après l'article 126 § 3, « il doit être statué sur le pourvoi dans le délai de deux mois à partir du jour de son enregistrement au secrétariat général du Conseil d'Etat. »

Cette obligation pour le Conseil d'Etat de statuer dans un délai fixe, n'était imposée par l'article 13 de la loi de 1837, que dans le cas de la commune

défenderesse. Elle avait été introduite pour sauvegarder les droits des tiers en les mettant à l'abri d'une suspension indéfinie de l'instance.

Elle n'avait pas été d'ailleurs admise sans objection. Le rapporteur de la Chambre des pairs trouvait « peu convenable d'obliger le Conseil d'Etat, « appelé à délibérer sur les plus hautes questions « d'intérêt général, à interrompre une semblable « délibération, pour expédier, quarante-huit heures « plus tôt, une affaire d'intérêt local. »

La conséquence du silence du Conseil était le refus d'autorisation. Mais rien ne l'empêchait d'examiner ultérieurement l'affaire et d'accorder l'autorisation même après les délais expirés.

Dans la loi de 1884, la fixation d'un délai s'explique par un autre motif qui justifie son extension aux deux hypothèses de la commune demanderesse ou défenderesse. C'est une conséquence de la règle nouvelle de l'autorisation tacite introduite, aussi bien devant le Conseil d'Etat, que devant le conseil de préfecture, aussi bien au cas de demande que dans celui de défense. L'expiration du délai de deux mois, accordé au Conseil d'Etat, pour statuer, produit des effets bien plus importants que sous la loi de 1837. L'autorisation est accordée, la commune est libre d'exercer son action. Ce que nous avons dit de la portée de cette innovation devant le conseil de préfecture s'appliquerait à plus forte raison devant le Conseil d'Etat. Le but de la loi n'est pas que le

conseil s'abstienne d'examiner l'affaire, mais que cet examen ait lieu dans les délais fixés. Il a d'autant plus de motifs de le faire que la première décision émanée du conseil de préfecture a été défavorable à la commune ; par suite, l'autorisation tacite se comprend encore moins dans ce cas. Nous ne pouvons que répéter ce que nous avons déjà dit. C'est là une faculté mise par la loi à la disposition du Conseil d'Etat, dans le but qu'il ne l'utilise pas.

Quelles sont les diverses solutions auxquelles le conseil peut s'arrêter ?

1° Il annule l'arrêté du conseil de Préfecture et accorde par suite à la commune l'autorisation de plaider soit comme demanderesse, soit comme défenderesse. Nous savons que dans ce dernier cas la commune n'est pas tenu d'user de l'autorisation qui lui a été accordée. Elle pourra donc faire défaut, mais une opposition à l'arrêt rendu contre elle serait reçue sans nouvelle autorisation.

2° Dans le cas où le conseil, confirmant l'arrêté du conseil de Préfecture refuserait à la commune l'autorisation de plaider, si elle est demanderesse, son action ne sera pas recevable, si elle est défenderesse la décision du conseil aura pour but de l'engager à céder à la demande de son adversaire ; sinon, elle sera jugée par défaut.

3° Enfin le silence du conseil d'Etat entraînerait comme celui du conseil de Préfecture l'autorisation tacite de plaider pour la commune.

Une dernière observation à faire c'est que l'appel ou le pourvoi formés par elle sont soumis aux mêmes règles qu'une action portée devant un premier degré de juridiction. Une disposition tendant à ce que dans ce cas l'autorisation fût toujours expresse, n'a pas été adoptée (Séance du Sénat du 12 mars 1884, *J. off.* du 13).

D'après les articles 123 et 126 de la loi nouvelle les règles que nous venons d'exposer relativement aux formes dans lesquelles doit être accordée l'autorisation s'appliquent en principe aussi bien au contribuable qu'à la commune.

Il y a lieu seulement de présenter une observation. Les textes des articles 121 et 127 relatifs à l'autorisation tacite accordée à la commune la visent exclusivement.

Art. 121. « A défaut de décision rendue dans ledit délai *la commune* est autorisée à plaider. »

Art. 127. « A défaut de décision dans les délais ci-dessus impartis, *la commune* est autorisée « à ester en justice. »

Il résulte de ces articles que l'autorisation doit toujours être accordée expressément au contribuable sans qu'elle puisse jamais résulter pour lui de l'expiration d'un délai,

C'est là une solution qu'il est facile de justifier. La garantie résultant de l'examen du conseil de Préfecture, utile lorsqu'il s'agit d'autoriser une commune à ester en justice, devient indispensable pour permettre à un contribuable de se substituer à elle.

- Dans le premier cas l'intervention de l'autorité administrative n'est qu'un moyen de contrôler la gestion de ses administrateurs ; dans le second cas au contraire, c'est le seul qui permette de dire si la demande du contribuable ne compromet pas les intérêts communaux.
-

CHAPITRE VI

DES VOIES DE RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS RENDUES EN MATIÈRE D'AUTORISATION DE PLAIDER.

Pour quels motifs peut-on attaquer les décisions rendues en matière d'autorisation de plaider ? Quelles seront les voies de recours ? à qui seront-elles ouvertes. Nous allons essayer de répondre à ces questions dans deux paragraphes distincts relatifs l'un aux décisions du conseil de préfecture, l'autre à celles du conseil d'Etat.

§ 1. — *Décisions des conseils de préfecture.*

La décision du conseil de préfecture est un acte administratif rendu avec un pouvoir propre sous le contrôle du conseil d'Etat qui joue le rôle d'un supérieure hiérarchique. Nous avons déjà vu quelle était la voie normale ouverte à la commune pour faire réformer une décision contraire à ses intérêts. C'est celle du pourvoi au conseil d'Etat en vertu de l'article 126 de la loi de 1884. Ce n'est pas un recours contentieux mais un recours administratif analogue à celui formé devant un ministre pour faire

réformer l'acte accompli par un de ses agents dans l'exercice de ses fonctions. Il n'est pas fondé sur la violation d'un droit, mais sur un simple préjudice, car le pouvoir d'application du conseil de préfecture est absolument discrétionnaire. Sa décision est valable en soi ; elle a été rendue dans les limites de la compétence ; le conseil d'Etat la modifie par suite d'une appréciation différente des faits de la cause.

Si nous supposons maintenant que l'arrêté du conseil de préfecture soit irrégulier ; que par exemple le conseil n'ait pas observé des formes substantielles, ou qu'il ait méconnu les limites fixées par la loi à la mission qui lui est confiée ; qu'en un mot nous soyons en présence d'un acte administratif entaché d'excès de pouvoirs, quelles seront les voies de recours applicables ? La question doit être examinée avec soin relativement à la commune ou aux tiers.

I. — Divers arrêts du conseil d'Etat reconnaissent à la commune le droit d'obtenir la répression de l'excès de pouvoirs commis à son préjudice, en usant du recours administratif de l'art. 120. Ils annulent, par la voie administrative des décisions de conseil de préfecture où sont relevées des excès de pouvoirs (1).

(1) Ils autorisent en même temps la commune à ester en justice, ou se bornent à annuler la disposition entachée d'excès de pouvoirs, 5 septembre 1838 (commune de Châtillon d'Azergues) ; 19 février 1840 (Ville d'Yvetot) ; 30 avril 1840 (section de Trinquetaille).

Une décision contraire du 29 janvier 1840 (C^{ne} de Marnay) déclare, il est vrai, qu'il n'y a plus lieu de statuer (en la forme administrative) sur la partie de la décision entachée d'excès de pouvoirs. Dans l'espèce le conseil de préfecture avait statué sur le fonds de la contestation, en prononçant une condamnation contre la commune de Marnay.

« Considérant, dit l'arrêt, en ce qui touche la condamnation prononcée par l'arrêté attaqué, que, sur ce point, la décision du conseil de préfecture a le caractère contentieux, et que dès lors ladite décision ne peut nous être déférée par la voie administrative; qu'elle peut seulement être attaquée soit devant le conseil de préfecture par voie d'opposition, soit devant nous en notre conseil d'Etat par la voie contentieuse.

« Il n'y a lieu de statuer sur la disposition attaquée dudit arrêté, etc. »

Il n'y a selon nous dans ce raisonnement qu'une pétition de principes. L'arrêt se fonde sur le caractère contentieux de la décision du conseil de préfecture pour déclarer non recevable le recours pour excès de pouvoirs. Or, c'est précisément là le fait constitutif de l'excès de pouvoir puisque dans aucun cas le conseil de préfecture ne peut statuer par voie contentieuse sur une demande en autorisation de plaider (aff. du Mazel et de la Prade, 11 juillet 1884).

Dans cette première hypothèse, le Conseil d'Etat annulera la décision du conseil de préfecture et ac-

cordera l'autorisation. Ce n'est là que l'exercice du droit de contrôle hiérarchique qui lui appartient en vertu de l'article 126.

Mais si un excès de pouvoirs commis par le conseil de préfecture peut être réprimé par la voie administrative il ne faudrait pas en conclure que la voie contentieuse soit fermée. C'est une conséquence naturelle des principes admis par la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoirs. Il nous suffira de rappeler que l'acte administratif peut toujours être, pour ce motif, attaqué directement, *omisso medio*, au Conseil d'Etat ou déféré au supérieur hiérarchique. La commune pourra donc opter entre ces deux voies. Dans certains cas la première pourra seule lui être encore ouverte.

Les délais, en effet, ne sont pas les mêmes. Le recours formé en vertu de l'article 126, doit l'être dans le délai de deux mois. Trois mois sont accordés pour le recours contentieux.

Dans ce dernier cas, le Conseil d'Etat compétent pour annuler l'arrêté attaqué, le sera-t-il encore pour y substituer une décision nouvelle ?

En vertu de l'article 126 les décisions, en matière d'autorisation de plaider, ne peuvent être rendus qu'en la forme administrative. Le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, devra donc renvoyer à l'exa-

men de la section administrative, la demande accessoire formée devant lui (1).

Nous avons dit dans quelles formes la commune pouvait attaquer un arrêté du conseil de préfecture vicié par un excès de pouvoirs, il nous reste à indiquer sommairement quelles sont les principales causes d'où il peut résulter. On peut les ramener à deux principales : violation des formes substantielles ou incompétence.

A). Relativement à la violation des formes, nous ferons observer que la procédure suivant laquelle seront instruites les demandes en autorisation est devant le conseil de préfecture la même que celle usitée pour des affaires contentieuses. Il n'y aura donc en ce qui concerne les premières rien de particulier à ce point de vue dans les violations de formes susceptibles de constituer un excès de pouvoir.

Il n'en est plus de même quant aux voies de recours ouvertes devant le conseil de préfecture contre les décisions contentieuses ; elles ne sont pas applicables aux arrêtés pris en matière d'autorisation de plaider. Si, par exemple, le conseil statuait sur une opposition formée devant lui à une décision de cette nature, ce fait serait de sa part constitutif de l'excès de pouvoirs. C'est ce qu'a décidé le Conseil d'Etat par un arrêt du 11 juillet 1884 (sections du Mazel et de la Prade).

(1) 18 février 1836 (commune de Portmort) ; 2 mai 1837 (commune de Nalliers) ; 2 juin 1837 (commune de Voray).

Il y a donc lieu d'appliquer, en cette matière, les règles ordinaires de procédure, sauf à exclure les voies de recours ordinaires ouvertes devant le conseil de préfecture contre ses décisions contentieuses. Il doit aussi vérifier certaines conditions extérieures de validité de la demande portée devant lui. Nous avons vu, pour que l'autorisation fût accordée, quelles conditions étaient exigées. La commune doit figurer valablement dans l'instance, par un représentant muni de pouvoirs réguliers, et qui ait qualité pour agir en son nom. La violation de ces règles pourrait donner lieu à un recours pour excès de pouvoirs.

La commune ne serait pas valablement représentée si le conseil de préfecture désignait pour agir en son nom une personne autre que le maire (Cass. 16 février 1841. D. 41. 1. 118).

Les pouvoirs de son représentant ne seraient pas réguliers s'il agissait sans le concours du conseil municipal ou si un vice entachait la validité de sa délibération (6 décembre 1860, de Talleyrand-Périgord).

Enfin dans certaines circonstances l'obtention d'un droit par la commune est soumis à l'accomplissement de certaines formalités. Tant qu'elles n'auront pas été remplies celle-ci n'aurait pas qualité pour plaider sur des difficultés concernant l'existence ou l'étendue de ce droit, sauf l'accomplissement des actes conservatoires. Il en serait ainsi par exemple, à

l'occasion de donations ou de legs qu'elle n'aurait pas été autorisée à accepter. Mais son adversaire, plutôt qu'elle-même, aurait intérêt à invoquer ce défaut de qualité.

B) Une autre cause générale pouvant donner lieu à un recours contentieux, c'est l'incompétence du conseil de préfecture, l'usurpation de pouvoirs commise par lui. C'est ce qui se produirait si le conseil sortait du rôle que la loi lui assigne, par exemple en se prononçant sur le fond de la contestation. Le conseil d'État a fait souvent l'application de cette règle. Nous l'avons déjà énoncé comme résultant de la nature même de l'autorisation de plaider. Nous rappellerons l'arrêt du 3 juillet 1861 (Goga). L'arrêt du conseil de préfecture est réformé dans la disposition par laquelle il avait retenu, pour y statuer, une demande de dommages-intérêts formée par le sieur Goga.

Ce que nous venons de dire n'est pas particulier au cas d'un arrêté refusant l'autorisation à la commune. Si l'arrêté d'autorisation est entaché d'un excès de pouvoirs, la commune peut toujours en obtenir la réformation par la voie contentieuse.

II. — L'adversaire de la commune peut-il attaquer une décision rendue en matière d'autorisation de plaider et entachée d'excès de pouvoirs.

Dans l'hypothèse d'un refus d'autorisation, l'intérêt, condition essentielle de toute action fait défaut. Il ne

pourra attaquer un acte qui ne peut que lui être avantageux.

Lorsque l'autorisation est accordée à la commune, si en même temps l'acte est régulier, les tiers, quel que soit le préjudice qui leur est causé, ne pourront se plaindre d'un acte auquel ils restent étrangers.

Il n'en est plus de même au cas où il est violé par un excès de pouvoirs produit par l'une des causes examinées plus haut. Dans ce cas le défaut qui l'entache doit permettre à un tiers d'en obtenir l'annulation, car il a un véritable droit à ce que l'acte d'autorisation soit rendu suivant les formes légales.

Cette doctrine est consacrée dans les considérants de l'affaire Margerides du 30 mai 1868.

« Considérant que les décisions des conseils de
« préfecture sont rendues exclusivement dans l'in-
« térêt des communes et constituent à leur égard
« des actes de tutelle administrative ; que dès lors
« les parties adverses sont sans qualité, *sauf le cas*
« *d'abus de pouvoirs*, pour attaquer les arrêtés qui
« leur ont accordé ou refusé cette autorisation. »

Ce n'est pas là la théorie du conseil d'État. Dans la majorité des cas il ferme aux adversaires de la commune la voie du recours pour excès de pouvoirs.

C'est là une des conséquences de la théorie générale admise par lui. Il exige pour que cette voie soit recevable que la partie lésée n'ait pas d'autre moyen de se défendre contre les effets de l'acte illé-

gal. Il n'admet pas, en principe, le recours parallèle.

Il suffit par suite dans l'espèce que la question de validité de l'arrêté du conseil de préfecture puisse être soulevée par l'adversaire de la commune devant les tribunaux pour empêcher l'application du recours pour excès de pouvoirs. Ceux-ci devront en renvoyer l'examen à la juridiction administrative.

Cette doctrine, exposée par M. le commissaire du gouvernement Marguerie dans ses conclusions relatives à l'affaire du 11 juillet 1884, a été consacrée par divers arrêts du Conseil d'Etat. On peut citer en matière de contrats, ceux du 2 mars 1877 (Institut de Lille), 4 août 1882 (héritiers Dongier).—V. aussi 18 mars 1864 (Jolly), 18 déc. 1856 (Glandaz), 24 février 1856 (Denizet).

En matière d'autorisation de plaider, nous citerons un arrêt du 8 juin 1842 (Maupuy). Dans l'espèce, le conseil de préfecture, en refusant à une commune l'autorisation de défendre à une action parce que cette action était de la compétence de l'autorité administrative, avait renvoyé l'adversaire de la commune à se pourvoir devant cette autorité.

Cette partie de sa décision contenait un excès de pouvoirs dont l'adversaire a pu demander la réformation par la voie contentieuse. Un arrêt conforme du 22 mai 1830 (Salles) avait déjà appliqué la même théorie. Dans les deux cas, l'adversaire de la commune ne pouvait se prévaloir devant les tribunaux de l'abus de pouvoirs dont il se plaignait.

L'arrêt du 11 juillet 1884 cité plus haut consacre cette doctrine.

§ 2. — *Décisions du Conseil d'État.*

Pour les décisions du Conseil d'État, nous ne trouvons pas, comme pour le conseil de préfecture, de recours administratif. Il statue au nom du chef de l'État, et on n'a pu par suite donner au ministre un droit de contrôle sur ses décisions.

Les mêmes motifs qui nous ont conduit à admettre la recevabilité du recours de la commune contre un arrêté du conseil de préfecture, peuvent se reproduire devant le Conseil d'État. Sans revenir sur tous les cas que nous avons signalés, une décision qui statuerait sur le fond du procès, ou qui accorderait l'autorisation sans qu'il eût été justifié de l'assentiment du conseil municipal, serait évidemment entachée d'excès de pouvoirs. Rien n'empêcherait la commune de se pourvoir devant le Conseil d'État statuant au contentieux contre la décision de la section administrative.

Relativement à l'adversaire de la commune, la même distinction, faite par la jurisprudence au sujet des recours dirigés contre des arrêtés du conseil de préfecture, serait applicable. Si donc il pouvait opposer devant les tribunaux la nullité de la décision du Conseil d'État, la voie du recours con-

tentieux lui serait fermée. Si au contraire l'excès de pouvoirs consistant, par exemple, dans un empiètement sur le fond du litige, ne pouvait être réprimé que par cette dernière voie, il pourrait faire annuler de cette façon une décision qu'il ne lui serait pas possible d'atteindre autrement.

CHAPITRE VII

SANCTION DES RÈGLES RELATIVES A L'AUTORISATION DE PLAIDER

L'autorisation de plaider est prescrite à peine de nullité. Quelles seront les conséquences de l'irrégularité, de l'absence, ou des refus d'autorisation? Comment l'adversaire de la commune, ou la commune elle-même pourront-ils se prévaloir de ces différents griefs? Dans quelle mesure les tribunaux pourront-ils les apprécier?

Les mêmes questions relativement à l'omission de la formalité du dépôt du mémoire imposée à l'adversaire de la commune feront l'objet d'un second paragraphe de ce chapitre.

§ 1. — *Irrégularité, absence ou refus de l'autorisation.*

Un principe fondamental qui domine les pouvoirs accordés aux tribunaux en cette matière découle naturellement du principe de la séparation des pouvoirs. Les tribunaux, saisis d'une instance où une commune est partie peuvent appliquer l'acte administratif d'autorisation, mais ils ne peuvent ni l'in-

interpréter, ni en contrôler la validité. C'est là l'application pure et simple de la loi du 16 fructidor an III faisant « *itératives défenses aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient.* »

A) Si donc l'autorisation est irrégulière, si elle n'a pas été rendue dans les formes et sous les conditions exigées par la loi, ils devront renvoyer l'adversaire qui excipe de sa nullité devant l'autorité administrative seule compétente pour en connaître.

Ce premier point ne soulève pas de difficultés tant qu'il s'agit de vices qui n'entachent la validité que de l'acte d'autorisation seul sans porter atteinte à celle de l'instance elle-même.

Mais que décider s'il s'agit de griefs qui attaquent non seulement la validité de l'acte administratif, mais la formation régulière de l'instance qui le suit?

Si par exemple, le conseil de préfecture avait désigné pour soutenir une action au nom d'une commune un commissaire spécial au lieu et place du représentant légal, maire ou adjoint, nous avons déjà vu que sa décision était entachée d'excès de pouvoirs et pouvait être annulée à ce titre.

Mais sans entrer en rien dans l'examen de l'acte administratif, le tribunal pourrait, à raison du défaut de qualité du représentant, déclarer la commune non-recevable. Il importe en effet pour la validité du quasi-contrat judiciaire que les parties en présence aient qualité pour le former. La Cour de cas-

sation s'est prononcée en ce sens en confirmant un arrêt de la Cour de Riom (16 février 1841, D. 41, 1, 118). Il s'agissait dans l'espèce, d'une section de commune irrégulièrement représentée en vertu d'un arrêté du conseil de préfecture, mais aucune contestation ne pourrait s'élever au sujet de l'application de cette même théorie à une commune.

« Attendu, dit-il, que l'arrêté du conseil de préfecture n'a pu conférer la qualité nécessaire pour former à l'exclusion du maire ou adjoint la demande du 21 février 1835 etc. ; qu'ainsi la cour royale d'après les art. 2 L. 19 vendémiaire an V, 4 L. 28 pluviôse an VIII et d'après l'arrêté du 24 germinal an XI, qui n'est pas applicable à l'espèce, a dû juger que les demandeurs n'étaient pas recevables quant à présent ; qu'en jugeant ainsi, l'arrêt attaqué n'a point commis d'excès de pouvoirs et de violation d'aucune loi. » (Rejet).

On s'accorde donc à reconnaître aux tribunaux le droit de vérifier si le représentant de la commune a qualité pour agir ; mais ce droit d'appréciation de leur part leur permettra-t-il d'examiner si le représentant est muni de pouvoirs suffisants ?

On sait que d'après l'art. 90 § 8 de la loi municipale le maire n'est chargé de représenter la commune en justice, que sous le contrôle du conseil municipal. Ses pouvoirs ne sont donc réguliers qu'autant qu'il existe une délibération conforme de ce conseil. L'absence ou l'irrégularité de cette dé-

libération pourra-t-elle être opposée devant l'autorité judiciaire ?

La négative semble résulter d'un arrêt de la Cour de cassation, du 6 mars 1865 (J. P., 1865, p. 636) (1).

« Attendu, dit-il, qu'il n'entre pas dans les attributions de l'autorité judiciaire d'examiner, si en accordant à une commune l'autorisation de plaider, le Conseil de préfecture a régulièrement ou irrégulièrement procédé, que se livrer à cet examen ce serait s'immiscer dans les fonctions administratives. »

Cet arrêt nous paraît déplacer complètement la question à résoudre. Le premier point est incontestable, mais la conséquence qu'il prétend en tirer n'en résulte pas nécessairement.

Cette conséquence, c'est que le tribunal pour apprécier la validité des pouvoirs du maire se mettrait en contradiction avec l'arrêté du Conseil de préfecture autorisant la commune.

Mais ce motif, s'il était exact, conduirait à lui dénier aussi le droit d'apprécier la qualité du représentant de la commune. Sans doute, l'arrêté du Conseil de préfecture contient la solution implicite de ces questions, mais ce n'est pas là son but principal, le point sur lequel les tribunaux ne pourraient se mettre en contradiction avec lui, c'est-à-dire le fait même de l'autorisation.

(1) Dans le même sens, 29 juillet 1823 (V. Reverchon, *op. cit.*, p. 254).

Le droit de l'autorité administrative de vérifier si ces conditions préjudiciables sont remplies, tient précisément à ce que leur omission exposerait la commune à un échec devant l'autorité judiciaire et suppose par suite le droit pour cette dernière de les vérifier.

La contradiction qui peut exister à ce point de vue entre l'arrêté du Conseil de préfecture et la décision du tribunal ne doit pas nous étonner ; nous avons déjà rencontré une situation analogue pour la compétence de l'autorité judiciaire.

On peut encore invoquer d'autres motifs en faveur de cette manière de voir.

Il peut se faire d'abord que le Conseil de préfecture n'ait pas à vérifier la question de savoir s'il y a ou non une délibération régulière du conseil municipal permettant au maire l'exercice de l'action : nous avons vu que, lorsque la commune était défenderesse, c'était dans tous les cas qu'il devait accorder ou refuser l'autorisation à la commune, soit que la délibération du conseil fût favorable à l'exercice de l'action, soit qu'elle fût contraire. Il en serait de même dans le cas où l'autorisation tacite du Conseil de préfecture ou du Conseil d'Etat, résultant de la simple expiration d'un délai, suppose qu'il n'a pas vérifié au préalable si les conditions exigées par la loi pour que l'autorisation soit accordée, ont été remplies.

Nous tirerons enfin un dernier argument d'un

arrêt du Conseil d'Etat du 18 janvier 1855 (commune d'Orgnac), duquel il résulte que dans le cas où un tribunal statuerait dans une instance ou une commune figurerait, sans s'assurer d'une délibération préalable du conseil municipal, la décision rendue devrait être considérée comme étant par défaut à l'égard de la commune. Celle-ci conserverait par suite le droit d'y former opposition.

Cet arrêt semble même considérer l'absence de délibération du conseil municipal non seulement comme viciant les pouvoirs du maire mais même comme atteignant sa qualité de représentant de la commune.

Nous avons cru devoir insister sur cette question à cause de l'autorité qui s'attache aux deux arrêts de la Cour de cassation qui l'ont résolu dans le sens contraire à celui que nous avons indiqué.

L'irrégularité de la décision du conseil municipal ne peut tenir qu'à une nullité de droit. (Le vice de l'annulabilité serait dans tous les cas couvert par suite de la brièveté des délais accordés pour s'en prévaloir).

Les tribunaux, si l'adversaire l'opposait, devraient renvoyer à l'autorité administrative pour la faire prononcer.

Nous ajouterons enfin que les actes faits par le maire à titre conservatoire seraient toujours valables malgré l'absence ou l'irrégularité de formalités préalables.

B) Nous supposerons maintenant que l'autorisation fasse complètement défaut. Il faut d'abord décider si elle doit être considérée comme une question préjudicielle administrative et dont l'omission pourrait donner lieu à l'élévation du conflit.

Dans une matière analogue, relativement à l'autorisation administrative exigée par l'article 75 de la constitution de l'an VIII comme condition préliminaire de la poursuite des agents du gouvernement, la jurisprudence de la Cour de cassation avait pendant fort longtemps considéré le conflit comme pouvant être élevé à l'effet de réclamer pour les tribunaux administratifs la connaissance préalable de cette exception.

Cette jurisprudence avait été déjà modifiée par plusieurs arrêts quand intervint l'ordonnance du 1^{er} juin conçue dans un but restrictif et qui fit définitivement prévaloir un autre point de vue.

On considéra le conflit comme ne devant être élevé que relativement au fond même du débat ou sur une question préjudicielle dont la solution préalable aurait sur le litige une certaine influence : dans ces deux cas le conflit enlève à l'autorité judiciaire la solution de questions administratives. Il n'en est plus de même pour l'autorisation de plaider, simple formalité préalable ne se rattachant en rien à l'objet même du procès.

C'est donc aux tribunaux seuls qu'il appartient de prononcer sur le point de savoir si l'autorisation

existe, en vertu de l'article 3 de l'ordonnance précitée : « Ne donneront pas lieu à conflit : 1° Le défaut d'autorisation de la part du conseil de Préfecture lorsqu'il s'agira de contestations judiciaires dans lesquelles les communes ou les établissements publics seront parties. »

Dans ce cas, dit une circulaire du garde des sceaux du 5 juillet 1828, il ne s'agit que d'exceptions dilatoires qui ne peuvent modifier la compétence des tribunaux et des cours quant au fond. Ainsi, les magistrats demeureront saisis; leurs soins dans cette circonstance s'appliqueront à prescrire et à provoquer les mesures convenables pour faire cesser des retards non justifiés et accomplir des formalités préalables qui auraient été négligées.

Relativement aux effets produits par le défaut d'autorisation, il faut distinguer suivant qu'on veut s'en prévaloir au cours de l'instance, ou invoquer, une fois le jugement rendu, le moyen de nullité qui en résulte.

Tant que l'instance est pendante, le défaut d'autorisation peut être invoqué par l'adversaire de la commune qui a intérêt à se trouver en présence d'un adversaire qui ne puisse plus tard faire tomber le jugement rendu contre lui. C'est bien là une exception dilatoire mais qui ne doit pas être assimilée à celles de l'article 173 du Code de procédure qui doivent être proposées *in limine litis*. A tout moment

l'adversaire a le droit de l'opposer tant que le jugement ou arrêt définitif n'est pas rendu. Ce principe serait d'ailleurs applicable non seulement en première instance ou en appel mais aussi en cassation.

L'autorisation n'est donc pas nécessairement préalable. La cour de cassation a jugé à diverses reprises que les tribunaux devaient accorder à la commune un délai pour l'obtenir et cela non seulement à la requête de son adversaire mais sur sa demande ou même d'office (1).

Si, le délai expiré, elle ne représente pas l'autorisation elle sera condamnée par défaut conformément à l'article 154 du Code de procédure.

L'effet de l'autorisation accordée est de valider la procédure antérieure et de mettre les choses au même état que si elle avait été donnée préalablement à l'instance (2).

Dans le cas où un jugement ou un arrêt a été rendu sans l'observation des formalités prescrites il y a là un cas de nullité dont il nous faut préciser les caractères. Jusqu'en 1828, par des arrêts très nombreux la cour de cassation y avait vu une nullité d'ordre public, ce qui entraînait comme conséquences qu'elle pouvait être proposée ou opposée par toutes les parties intéressées, soit par la commune, soit par son adversaire, ou même appliquée d'office

(1) Cass. 24 déc. 1828, D. 29, 1, 82. — 16 avril 1834, 34, 1, 209. — 26 avril 1853.

(2) Cass. 14 mars 1833.

par le tribunal. Un seul arrêt du 27 messidor an VIII, rendu sur les conclusions conformes de M. Merlin, avait décidé que l'adversaire qui ne s'était prévalu ni en première instance, ni en appel du défaut d'autorisation n'était plus recevable à le faire en cassation.

Mais cette jurisprudence, dont le motif tout à fait étranger au droit, paraît avoir été le désir d'annuler un grand nombre de sentences arbitrales qui, sous le régime de l'arbitrage forcé, avaient adjugé aux communes des biens sur lesquels elles n'avaient aucun droit a disparu avec la cause qui l'avait produite. Elle avait, en effet, pour résultat, de méconnaître le but de l'autorisation en faisant tourner contre les communes une disposition introduite en leur faveur. Sans doute, des motifs d'ordre public ont conduit à admettre la nécessité d'une autorisation de plaider pour les communes ; mais il n'en résulte pas comme conséquence forcée que la nullité qui provient de son omission doive être considérée comme une nullité d'ordre public.

On confond souvent l'exception tirée au cours de l'instance du défaut d'autorisation avec le cas de nullité qui en résulte contre le jugement rendu. On peut dire que la première est en quelque sorte d'ordre public en ce sens qu'elle pourra être proposée ou opposée par toutes les parties ou appliquée d'office, *même en cassation*. Ce n'est pas un cas de nullité, c'est l'application de la règle générale permet-

tant à toute partie d'exiger de son adversaire la preuve qu'il est muni de pouvoirs réguliers.

Dans le second cas la situation n'est plus la même. La seule considération tenant à l'ordre public qui explique que le jugement rendu soit entaché de nullité c'est que la commune a engagé à tort *un procès onéreux pour elle*, sans intervention de l'autorité administrative. Si elle a triomphé, cette considération n'existe pas, on doit présumer que l'autorisation si elle l'avait demandée lui aurait été accordée. Le jugement qui consacre ses prétentions a pour effet de valider en quelque sorte la procédure et d'effacer le grief qu'on pourrait tirer du défaut d'autorisation.

Si au contraire le jugement rendu lui cause quelque préjudice, le but de la loi indiqué précédemment n'est plus atteint. Il y aura là en réalité une nullité d'ordre public mais dont la commune aura seule intérêt à se prévaloir. Nous sommes donc amenés à conclure que c'est là une nullité, tenant il est vrai, à des motifs d'ordre public, mais relative à la commune puisqu'elle existe seulement dans le cas où celle-ci a seule intérêt à l'invoquer. Cette théorie nous semble expliquer d'une manière complète les conséquences admises depuis 1828 par la Cour de cassation. Nous allons les indiquer.

Supposons d'abord qu'il s'agisse d'un jugement en premier ressort. Un arrêt de la cour de Besançon du 30 nov. 1843 (J. P. 1844, 2, 70) décide conformément à la doctrine que nous avons exposée

que le défaut d'autorisation ne peut être opposé pour la première fois en appel par l'adversaire de la commune.

« Attendu en ce qui concerne l'architecte Pain-
« chaux que, l'autorisation de plaider n'étant exi-
« gée que dans l'intérêt de la commune et que son
« défaut d'autorisation n'ayant pas été opposé en
« première instance, la fin de non-recevoir résultant
« de ce défaut d'autorisation, ne peut être opposée
« en appel, etc. »

La commune au contraire peut s'en prévaloir. Dans ce cas la juridiction d'appel, évoquant le fonds remplacera le jugement infirmé par une nouvelle décision. Un arrêt de cassation du 1^{er} août 1837 (J. P. 1837. 2. 386) apporte une restriction à ce principe. Il décide que la nullité peut être couverte par une renonciation de la commune. Pour que cette renonciation soit valable, elle devra être régulièrement autorisée.

La Cour de cassation, dans l'espèce citée, admet qu'elle résulte implicitement de ce fait que la commune dûment autorisée en appel avait plaidé et conclu au fond sans opposer le défaut d'autorisation en première instance.

Il est évident d'ailleurs que l'irrégularité de la première instance n'aurait aucun effet sur la validité de la seconde. La nullité serait donc couverte si le jugement de première instance avait été annulé par la Cour.

Si nous supposons maintenant un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, le défaut d'autorisation fournira à la commune un moyen de cassation. Un arrêt du 4 mai 1836 décide que le juge d'appel statue souverainement sur le fait de savoir si l'autorisation existe. S'il résulte de son silence ou autrement que l'autorisation n'existait pas, de nombreux arrêts de la Cour de cassation consacrent le droit de la commune à s'en prévaloir (1).

Un arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1868 semble contredire ceux que nous venons de citer. Il décide d'une manière absolue que le moyen tiré de ce que le représentant d'une commune dans une instance judiciaire n'aurait reçu sur l'appel aucune autorisation nouvelle ne peut être proposé pour la première fois par elle devant la cour de cassation.

Ce qui justifie dans cette espèce le rejet du moyen de cassation, c'est que la commune avait obtenu gain de cause en première instance et que par suite aucune autorisation nouvelle ne lui était nécessaire en appel. Il est probable que cette considération a

(1) Cass. 5 nov. 1889, J. P. 1880. 1. 349 cassant un arrêt de la Cour de Paris du 18 décembre 1877.—Conf. Cass. 6 janv. 1868, J. P. 1868, p. 8 ; 7 août 1867, J. P. 1867, 1091 ; 15 nov. 1864, J. P. 1865, p. 149 ; 2 juillet 1862, J. P. 1863. p. 189 ; 30 juillet 1861, D. 61. 1. 322 ; 26 avril 1853, D. 1853. 1. 456.

« Attendu, dit le premier arrêt cité, que cette nullité est d'ordre public et que la nullité qui résulte de son inobservation peut être invoquée par la commune en tout état de cause, Casse. »

dû porter les rédacteurs de l'arrêt à ne pas peser avec soin les considérants inexacts invoqués en faveur d'une décision juste au fond.

Le défaut d'autorisation est aussi un cas d'ouverture à requête civile en vertu des articles 480 et 481 du code de procédure.

« L'État, les communes, les établissements publics et les mineurs seront encore reçus à se pourvoir s'ils n'ont été défendus, ou s'ils ne l'ont été valablement. »

D'après cet article, c'est donc, dans tous les cas, que le défaut d'autorisation permettra aux communes d'user de la requête civile.

En ce qui touche l'adversaire de la commune, de nombreux arrêts ne lui permettent pas de se prévaloir contre un jugement définitif du défaut d'autorisation (2). Nous avons indiqué les motifs de cette règle, que complète un arrêt du 14 mai 1835, d'après lequel l'omission de statuer sur l'exception opposée à une commune de ce qu'elle n'a pas été autorisée à plaider, constitue pour son adversaire non pas un moyen de cassation, mais un cas d'ouverture de requête civile. Cet arrêt ne contredit pas la doctrine exposée plus haut. Il ne suppose pas que l'adversaire de la commune se fasse un grief

(1) Cass., 2 février 1833, 23 juin 1835, 4 mai 1836, 2 juin 1836, 30 mai 1837, J. P. 1837, p. 567 ; 15 février 1841, J. P. p. 198 ; 27 mai 1862, D. 1862, 4, 215 ; 27 nov. 1872, J. P. 1872. p. 122.

du défaut d'autorisation, mais bien de ce que les juges n'auraient pas statué sur la fin de non recevoir proposée par lui, ce qui rentre dans les termes exprès de l'art. 480 du code de procédure.

Il nous reste à dire quelques mots des conséquences du refus d'autorisation. Si les tribunaux sont avertis de la décision de l'autorité administrative, ils n'auront évidemment pas à accorder de sursis à la commune. Elle ne pourrait d'ailleurs être valablement représentée à l'instance et le maire qui se présenterait en son nom comme demandeur serait personnellement condamné aux frais.

Si elle était défenderesse, elle serait condamnée par défaut. Ceci ne veut pas dire que les conclusions du demandeur devraient lui être forcément adjugées. Le tribunal resterait, conformément au droit commun, libre dans son appréciation.

§ 2. — *Conséquences de l'omission du dépôt du mémoire exigé de l'adversaire de la commune.*

Lorsque la commune est défenderesse, une formalité préliminaire de l'autorisation est imposée au demandeur, nous voulons parler du dépôt du mémoire à la préfecture. Quelles sont les conséquences de son omission ? Suivant la distinction déjà faite, nous examinerons quels effets elle entraîne pen-

dant le cours de l'instance ou après son jugement rendu.

Nous allons essayer d'abord de faire ressortir la différence de principe qui existe entre l'omission de cette formalité et le défaut d'autorisation. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une question de validité des pouvoirs du représentant de la commune. Ici, au contraire, c'est une formalité substantielle, préliminaire de l'autorisation, destinée à éclairer le conseil de préfecture pour le mettre à même de se prononcer en connaissance de cause sur la demande de la commune.

Le refus d'autorisation fournit à l'adversaire une exception lui permettant d'opposer le défaut de qualité de son représentant : l'omission du mémoire est un vice de la procédure, entachant la validité de l'arrêté du conseil de préfecture dont il constitue l'une des formes substantielles. Le Conseil d'Etat devrait par suite, l'annuler ainsi qu'il résulte de l'arrêt du 8 juillet 1840 (C^{ne} de la Calmette).

Si nous supposons en premier lieu, une instance engagée sans l'accomplissement de cette formalité, ce défaut suffit à vicier toute la procédure commencée et l'action du demandeur pourrait être soit d'office soit à la requête de la commune déclarée non recevable quant à présent. C'est là une solution qui, en présence des termes formels de l'article 124 nous paraît difficilement contestable.

Il faut remarquer que les mots « à peine de nullité » qui y figurent ne se trouvaient pas dans la loi de 1837.

Voyons maintenant si c'est là un grief qu'on puisse invoquer contre un jugement rendu. Il était admis par la jurisprudence que l'accomplissement de cette formalité n'empêchait pas l'adversaire de faire des actes conservatoires. Nous citerons, en ce sens un jugement du tribunal de Lyon du 2 février 1871 (J. P., p. 95).

« Attendu que la signification de l'acte d'assignation sans autorisation et sans dépôt préalable du mémoire est justifiée par l'article 55 de la loi du 18 juillet 1837, parce qu'elle était urgente et qu'elle avait pour but d'interrompre une prescription imminente, mais que ce dépôt à effectuer au chef-lieu du département exigeait plus de temps que la signification au maire d'une commune voisine, ce qui était à prendre en considération lorsque le délai fatal devait se compter par jour, etc. »

Nous croyons cette solution exacte. Rien ne s'oppose dans la loi à ce qu'une instance soit commencée à titre conservatoire sans l'accomplissement des formalités prescrites. Mais il nous paraît difficile d'aller plus loin et d'accepter les autres solutions admises par la jurisprudence, notamment celle d'après laquelle la nullité résultant de l'omission de cette formalité serait couverte soit par l'autorisation

du conseil de préfecture soit par la défense au fond, et ne pourrait être proposée pour la première fois devant la Cour de cassation. Les motifs mêmes sur lesquels le jugement cité du tribunal de Lyon appuie une décision en contradiction formelle avec le texte de l'article 124 qui a remplacé l'article 51 de la loi de 1837 nous forcent à la repousser.

« Attendu que l'obligation de déposer à la préfecture un mémoire préalable imposée à quiconque veut intenter une action d'une commune a pour but de mettre l'autorité préfectorale en mesure d'exercer sa tutelle officieuse et morale sur les intérêts de la commune ; *qu'elle n'est point d'ailleurs prescrite à peine de nullité*, qu'il suit de là que la nullité que pourrait entraîner son omission peut être couverte par tout acte qui a le même résultat, et notamment par l'autorisation donnée à la commune avant l'autorisation de toute condamnation ou de tout acte faisant grief à son droit. »

L'autorisation accordée sans l'accomplissement de cette formalité serait donc, selon nous, irrégulière, et toutes les conséquences que nous avons étudiées se produiraient dans ce cas.

APPENDICE

RÈGLES SPÉCIALES AUX SECTIONS DE COMMUNE

Il est généralement admis qu'on entend par sections de commune des personnes morales investies privativement d'un droit de propriété ou de jouissance sur des fractions du territoire communal. Les caractères distinctifs des sections ont fait l'objet de longues controverses. La loi entend par là tantôt la section telle que nous venons de la définir, tantôt des fractions du territoire communal. C'est toujours de la section envisagée comme personne morale qu'il est question à propos des actions en justice qu'elle peut avoir à intenter ou à soutenir.

§ I. — *Comment est représentée en justice la section de commune.*

La section n'a pas de représentation permanente. Son existence, avons-nous dit, ne se manifeste essentiellement que par un droit de propriété attribué à une fraction de la commune. L'exercice de ce droit est en général confié aux sectionnaires eux-mêmes

c'est seulement pour les actes de disposition que la nécessité d'une représentation se fera sentir.

Dans ce dernier cas il en était une tout indiquée : la représentation de la commune elle-même.

C'est qu'en effet les habitants de la section font aussi partie de la commune. La section n'en est en quelque sorte qu'un démembrement ; dans les deux cas les éléments constitutifs sont les mêmes.

Le corps municipal avait donc, en principe, été chargé par les lois du 29 vendémiaire an V et 28 pluviôse an VIII de défendre les droits de sections comme ceux des communes dont elles faisaient partie.

Ce n'est pas sans difficulté que cette représentation lors de la rédaction de la loi de 1837 fut acceptée par la chambre des députés. Le comité de l'intérieur du conseil d'Etat avait par deux avis des 21 décembre 1832 et 23 janvier 1833 fait remarquer que la négligence ou l'indifférence des conseils municipaux pouvait compromettre les droits des sections. M. Vivien, rapporteur de la loi de 1837 à la chambre des députés, faisait valoir les mêmes objections : « Il
« peut se faire que la section n'ait aucun représen-
« tant dans le sein du conseil municipal, il n'est pas
« sans exemple qu'une commune ressente quelque
« jalousie des biens possédés privativement par une
« de ses sections. Il n'y a pas garantie d'une sym-
« pathie entière et d'un zèle parfait. Cette garantie

« existe avec une commission spéciale ; nous l'exi-
« geons dans tous les cas. »

M. Monnier, rapporteur à la Chambre des pairs, nous indique les motifs de la théorie qui a définitivement prévalu.

« Nous avons estimé que lorsqu'une section dé-
« fend des intérêts qui ne sont point en opposition
« avec ceux de la commune elle n'avait pas besoin
« d'avoir d'autre représentant que le corps municipi-
« pal. Ce corps est tenu d'agir non seulement pour
« la communauté dans son entier mais aussi pour
« ses différentes fractions. Admettre que l'interven-
« tion du conseil municipal ne suffit pas pour pro-
« téger les droits d'une section, ce serait autoriser
« à supposer qu'il n'a pas non plus assez de zèle
« pour gérer ses intérêts habituels ; il faudrait dès
« lors que la commission syndicale fût permanente
« de sorte que l'administration de la commune se-
« rait scindée en deux parts. Nous persistons à pen-
« ser qu'il est bon d'éviter que les sections soient
« constitués en corps isolés ; que ce n'est que dans
« les cas d'absolue nécessité qu'il convient de leur
« donner une représentation particulière et que par
« conséquent il est préférable de s'en tenir aux dis-
« positions qu'avaient réunies nos suffrages ».

C'est donc en principe le corps municipal qui décidera, d'après les mêmes règles que pour les communes, si la section doit ester en justice ; c'est lui

qui agira en son nom, qui la représentera de la même façon qu'il représente la commune.

Mais il est des cas où l'application de ces règles devient tout à fait impossible. C'est lorsqu'un conflit d'intérêts s'élève, soit entre la commune et une de ses sections, soit entre deux sections d'une même commune. Le corps municipal ne peut soutenir à la fois les droits des deux parties. Dans la première difficulté de ce genre qui se soulève, un arrêté du 24 germinal an XI, traça la marche qui fut depuis suivie dans tous les cas analogues. Aux termes de cet arrêté, le sous-préfet désignait deux commissions dont les membres étaient choisis parmi les habitants les plus imposés des sections entre lesquelles s'étaient soulevées des questions litigieuses (art. 1). Ces commissions délibéraient en commun sur le point de savoir s'il y avait lieu d'intenter ou de soutenir le procès (art. 2).

Dans le cas de non-conciliation, les commissions nomment le représentant chargé de suivre l'action au nom des sections (art. 4). Ce ne pouvait être ni le maire ni l'adjoint de la commune (art. 5).

Les formes de procéder restaient les mêmes que pour les communes.

La loi de 1837 dans ses articles 56 et 57 conservait les principes généraux de la législation précédente. La modification la plus sensible était que les commissions syndicales, choisies par le préfet pour chacune des sections intéressées n'étaient plus forcées

de délibérer en commun. La tentative de conciliation obligatoire d'après l'article 2 de l'arrêté de germinal an XI devenait facultative.

La loi de 1884 a modifié celle de 1837 en tranchant sur quelques points les difficultés que son application avait soulevées, mais surtout en substituant le principe de l'élection à celui du choix par le gouvernement dans la nomination de la commission syndicale.

C'était là une réforme que le législateur de 1837 n'avait d'ailleurs écartée qu'à cause des difficultés d'application qu'il redoutait.

De même que la législation précédente, les articles 128 et 129 de la loi de 1884 ne sont applicables que dans le cas d'un procès entre la section d'une part et la commune ou une autre section de la même commune d'autre part, c'est-à-dire dans tous les cas où un conflit d'intérêt empêche la représentation normale de la section d'accomplir sa mission.

Dans la première hypothèse, c'est-à-dire lorsque le procès s'agite entre la section et un tiers autre que ceux désignés plus haut, le conseil municipal décide souverainement sur les intérêts de la section.

Dans la seconde hypothèse, la manière dont la section est représentée est réglée par les articles 128 et 129 de la loi nouvelle qu'il suffit de citer.

Art. 128 ; « Lorsqu'une section se propose d'in-
« tenter ou de soutenir une action judiciaire, soit
« contre la commune dont elle dépend, soit contre

« une autre section de la même commune, il est
« formé pour la section et pour chacune des sec-
« tions intéressés une commission syndicale dis-
« tincte. »

Une jurisprudence constante (1) décide que les mots actions judiciaires doivent s'entendre dans un sens large et comprendre toute espèce d'actions notamment les actions administratives.

Art. 129 : « Les membres de la commission syndicale sont choisis parmi les éligibles de la commune et nommés par les électeurs de la section qui l'habitent et par les personnes qui, sans être portées sur la liste électorale, y sont propriétaires foncières. » — Le nombre des membres de la commission est fixé par l'arrêté qui convoque les électeurs. Ils élisent parmi eux un président chargé de suivre l'action. »

La loi désigne ainsi pour représenter la personnalité juridique de la section une représentation chargée de parler et d'agir en son nom, mais dont le rôle est strictement limité au but en vue duquel elle est créée.

Le préfet est aux termes du § 2 de l'article 129 chargé de convoquer les électeurs.

« Le préfet est tenu de convoquer les électeurs dans le délai d'un mois pour nommer une com-

(1) 4 sept. 1856 (Barthélemy); 10 février 1859 (Prestat et autres); 7 avril 1859 (Ballard); 5 mai 1859 (Laharrière); 5 janvier 1860 (de Lozier et autres), etc.

« mission syndicale toutes les fois qu'un tiers des
« habitants ou propriétaires de la section lui
« adresse à cet effet une demande motivée sur
« l'existence d'un droit litigieux à exercer au profit
« de la section contre la commune ou une autre
« section de la commune. »

Cette article nous paraît mettre fin à une controverse qui s'était élevée sous l'empire de la loi de 1837. Lorsque le préfet était chargé de nommer lui-même la commission syndicale chargée de poursuivre l'action, quel était le juge de la question préjudicielle de l'existence de la section ?

Le Conseil d'Etat, par un arrêt du 31 août 1847 (Malagré), lui avait reconnu sur ce point un pouvoir souverain de décision, malgré l'avis contraire exprimé par le ministre de l'Intérieur. On faisait remarquer avec raison que le préfet préjugait ainsi le fond de la question, puisque le succès de leurs prétentions aurait eu précisément pour effet de leur faire reconnaître la qualité de sections de communes.

Aussi, par des décisions postérieures, le Conseil d'Etat s'était prononcé dans un sens opposé en annulant pour excès de pouvoirs, des arrêtés de préfets refusant la constitution d'une commission syndicale (1).

(1) C. d'Etat, 24 mai 1851, Laffont, 4 septembre 1856, section de Parilly, 10 février 1859, section de Paisy, etc. V. aussi, 11 juillet 1879, D. 79, 3, 109.

Maintenant le préfet nous semble tenu de se conformer aux dispositions précises de l'article 129, qui lui fait une obligation dans le cas prévu par lui de procéder à la formation de la commission.

§ 2. — *De l'autorisation de plaider nécessaire aux sections de commune.*

Les sections de commune sont, au point de vue de l'autorisation de plaider, régies par les mêmes règles que les communes.

Ce principe, consacré par l'art. 3 de l'arrêté du 24 germinal an XI et par l'art. 49 de la loi de 1837, a été maintenu par l'art. 121 de la loi de 1884.

« Nulle commune, ou section de commune, ne peut ester en justice, etc. »

La seule question qui ait soulevé quelques difficultés, est celle de savoir si l'art. 55 de la loi de 1837, relatif aux actions possessoires dispensées d'autorisation, devait s'appliquer aux sections de commune. Les éléments de la controverse restent les mêmes d'après l'article 122 de la loi de 1884.

Il nous semble que l'affirmative est plus conforme à l'esprit de la loi ; si on admet, comme nous l'avons fait, le principe de l'assimilation des communes aux sections la logique nous paraît devoir conduire à en adopter toutes les conséquences. En outre, nous ferons remarquer que le droit pour le président de

la commission syndicale de faire des actes conservatoires est consacré par le même article, et ce droit il est presque impossible de le lui refuser.

Il nous reste enfin une dernière question à résoudre. En vertu de l'article 123 tout contribuable a le droit d'exercer les actions qu'il croit appartenir à la commune ou section.

Les conditions qui lui sont imposées sont les mêmes qu'à la commune. Ce ne sera donc que sur le refus soit du conseil municipal, soit d'une commission syndicale suivant la distinction déjà faite qu'il lui sera permis d'agir (1).

Mais ce droit sera-t-il ouvert à tout contribuable de la commune ou seulement à un contribuable faisant partie de la section ? L'opinion la plus vraisemblable et la plus conforme à l'esprit de la loi paraît être de limiter à ce dernier l'exercice du droit ouvert par l'article 123. Il faudra, bien entendu que ce soit un contribuable inscrit au rôle de la commune et non un simple habitant.

(1) Arrêt du Conseil, 27 décembre 1884 (Fonteilles) ; 28 novembre 1845 (Damphernet).

POSITIONS

PRISES DANS LA THÈSE

Droit romain.

I. — Le magistrat agit, non comme *negotiorum gestor*, mais comme représentant direct de la cité.

II. — En matière financière, le magistrat n'agit que dans la limite des crédits ouverts par la curie.

III. — La loi *Vectibuliei* n'a pas eu pour but de permettre aux cités l'affranchissement de leurs esclaves.

IV. — L'incapacité première des actes en matière de dispositions à cause de mort dérive des idées primitives des Romains sur les successions.

Droit administratif.

I. — Une commune peut, à toute époque et dans tous les cas, renouveler une demande en autorisation de plaider, alors même qu'elle aurait déjà été rejetée.

II. — En matière criminelle comme en matière civile, elle doit solliciter l'autorisation de plaider.

III. — En matière possessoire la dispense d'autorisation est limitée au premier degré de juridiction.

IV. — Les tribunaux ont qualité pour apprécier la validité des pouvoirs du représentant de la commune sans que cette question soit préjugée par l'arrêté d'autorisation.

PRISES HORS DE LA THÈSE

Droit romain.

I. — Le rescrit de Dioclétien et Maximien qui admet la rescision de la vente pour cause de lésion de plus de moitié s'applique aux meubles comme aux immeubles.

II. — Dans les obligations à terme le débiteur n'est pas de plein droit en demeure par l'arrivée du terme.

III. — Le droit de superficie est un droit de propriété prétorienne et non un droit de servitude.

IV. — Le concubinat est en droit romain non pas un simple état de chose mais une institution régulière.

Droit civil.

I. — Il n'appartient qu'à l'épouse ou à son fondé de pouvoir d'attaquer un mariage conclu en son absence, conformément aux dispositions de l'article 139 du Code civil.

II. — Le légataire universel n'est pas tenu *ultra vires* des dettes de la succession.

III. — La promesse synallagmatique de vente, mais non la promesse unilatérale, opère le transfert immédiat de propriété.

IV. — Les pouvoirs du père administrateur légal sont toujours aussi étendus et ne sont pas en général plus étendus que ceux du tuteur.

Droit administratif.

Le terme de tutelle administrative employé pour qualifier les rapports de l'Etat avec les administrations locales est contraire à la vérité juridique et dangereux.

Droit constitutionnel.

I. — L'autorité judiciaire est une branche du pouvoir exécutif.

Droit pénal.

I. — N'est pas délictueux l'acte d'un débiteur qui se fait remettre une quittance par son créancier sous le prétexte d'en vérifier l'exactitude et prétend ensuite s'en servir pour établir sa libération.

II. — L'ivresse est, en matière pénale, une cause d'irresponsabilité.

VU :

Par le président de la thèse,
TH. DUCROCQ.

VU :

Par le doyen de la Faculté,
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — <i>Du patrimoine des cités</i>	13
§ 1. Du droit de propriété.....	13
§ 2. Autres droits réels appartenant aux cités.....	27
CHAPITRE II. — <i>Quels étaient les représentants des cités</i>	29
CHAPITRE III. — <i>Comment les cités sont représentées</i>	40
Section I. Des actions en justice.....	40
Section II. De la représentation des cités en matière contractuelle	46
CHAPITRE IV. — <i>Des actes de la vie civile des cités</i>	57
Section I. De l'acquisition du droit de propriété.....	57
§ 1. De la possession.....	58
§ 2. Des modes d'acquérir la propriété....	59
Section II. Des contrats passés au nom des cités.....	69

DROIT FRANÇAIS

Préliminaire

<i>Raison d'être des règles spéciales à l'exercice des actions des communes</i>	93
---	----

PREMIÈRE PARTIE

De la représentation en justice de la commune.

CHAPITRE I. — <i>Exercice de l'action par la commune</i>	99
Section I. Historique	99

Section II. Rôle du conseil municipal.....	113
— III. Rôle du maire.....	121
CHAPITRE II. — <i>Exercice de l'action par un contribuable...</i>	139
§ 1. Qui peut agir au nom de la commune.	141
§ 2. Dans quels cas s'exerce l'action du contribuable?.....	146
§ 3. Sous quelles conditions.....	154

DEUXIEME PARTIE

De l'autorisation de plaider, nécessaire à la commune et au contribuable.

CHAPITRE I. — <i>Historique.....</i>	167
CHAPITRE II. — <i>Nature de l'autorisation de plaider.....</i>	181
Section I. Par qui doit être donnée l'autorisation.....	181
— II. Forme et caractère des décisions rendues en matière d'autorisation de plaider.....	182
— III. Conséquences.....	184
§ 1. Au point de vue de l'étendue de la mission des conseils administratifs.	181
§ 2. Au point de vue des effets de l'autorisation vis-à-vis des tiers.....	186
§ 3. Au point de vue de ses effets vis-à-vis du tribunal saisi du débat.....	191
§ 4. Au point de vue de la forme antérieure des décisions en matière d'autorisation.....	192
CHAPITRE III. — <i>Actions pour lesquelles est nécessaire l'autorisation de plaider.....</i>	196
Titre I. Pour la commune.....	196
§ 1. Actions administratives.....	196
§ 2. Actions criminelles.....	199
§ 3. Distinction entre les actions introductives ou non introductives d'instance.....	203
§ 4. Voies de recours contre les jugements rendus en première instance.....	212
§ 5. Exceptions diverses au principe de l'autorisation.....	218
Titre II. De l'autorisation nécessaire au contribuable.	224
CHAPITRE IV. — <i>Conditions de l'autorisation.....</i>	229
Titre I. Pour la commune.....	229

A) Conditions de forme.....	229
B) Conditions de fond.....	233
Titre II. Pour le contribuable.....	236
CHAPITRE V. — <i>Dans quelles formes l'autorisation doit être donnée.....</i>	237
Section I. Rôle du Conseil de préfecture.....	237
§ 1. Commune demanderesse.....	237
§ 2. Commune défenderesse.....	242
I. Mémoire exigé de l'adversaire de la commune.....	242
II. Autorisation nécessaire à la commune	252
Section II. Rôle du Conseil d'Etat.....	262
CHAPITRE VI. — <i>Des voies de recours contre les décisions rendues en matière d'autorisation de plaider.</i>	269
§ 1. Décisions des Conseils de préfecture.	269
I. Voies de recours ouvertes à la commune.....	270
II. Voies de recours ouvertes aux tiers	275
§ 2. Décisions du Conseil d'Etat.....	278
CHAPITRE VII. — <i>Sanction des règles relatives à l'autorisation de plaider.....</i>	280
§ 1. Irrégularité, absence ou refus de l'autorisation.....	280
§ 2. Omission de la formalité du dépôt du mémoire exigé de l'adversaire de la commune.....	294
APPENDICE. — <i>Règles particulières aux sections de commune.</i>	298

